DE

LA TRANSACTION

EN DROIT ROMAIN

ET

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

PAR

OUMÉ KENDJIRÕ
Docteur en Droit
Ancien chargé de cours à la Faculté de Droit de Tokio



PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
LIBRAIRES-ÉDITEURS
22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

DE

LA TRANSACTION

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES. — DÉFINITION, CARACTÈRES ET PREUVE DE LA TRANSACTION.

1. — On donne deux acceptions aux mots *transactio* et *transigere* [1]. *Lato sensu*, *transigere* signifie *terminer, conclure* (L. 1, § 3, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 31, D., *de jurej.*, 12, 2; — L. 3, C., *de fruct. et lit. exp.*, 7, 51) [2].

[1] De *trans* et *agere, pousser au delà.*

[2] Nous verrons bientôt que dans la loi 8, D., *de transact.*, 2, 15, ces mots *transactio* et *transigere* ne sont pris que dans cette acception large.

On cite encore les lois 35, D., *de pact.*, 2, 14, et 2, C., *inter alios acta*, 7, 60, comme des textes où ces mots sont pris dans leur signification large (M. Accarias, *Thèse de Doctorat*, Paris, 1863, p. 2). Mais je crois qu'on peut les expliquer à la rigueur en donnant à ces mots leur sens technique. Ces textes s'occupent du partage à l'amiable qu'ils semblent qualifier de *transaction*. Or le partage à l'amiable cache presque toujours une transaction, car il est rare que tous les

Stricto sensu, la *transactio* est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes terminent, moyennant des concessions réciproques, une contestation ou une incertitude qui existait dans leurs rapports entre elles. C'est cette convention que nous allons étudier.

Pour indiquer cette convention que nous appellerons

objets à partager puissent se diviser en parts absolument égales : de là des contestations, et pour arriver à s'entendre, les copartageants sont bien obligés de faire des concessions réciproques : voilà bel et bien une *transaction* proprement dite en droit romain. Cependant il ne faudrait pas exagérer cette assimilation, car les deux actes ne sont pas toujours traités de la même façon. Il est vrai qu'en droit romain, la question de savoir s'il y a transaction ou partage est loin de présenter autant d'intérêts pratiques qu'en droit français. Par exemple, nous verrons que la capacité et le pouvoir de transiger sont les mêmes que ceux d'aliéner ou de s'obliger. Nous verrons aussi qu'il n'y a aucune règle spéciale relative à la clause pénale en matière de transaction, bien qu'on ait quelquefois soutenu le contraire. Les peines particulièrement sévères édictées contre ceux qui contreviendraient à une transaction sur serment s'appliquent aussi, à mon avis, au partage sur serment, car la loi 41, C., *de transact.*, 2, 4, qui édicte ces peines, a le soin de dire : ...*pacta vel transactiones... pactione vel transactione...* Il en est de même de la rescision pour cause de fausseté de pièces : la loi 42, C., *h. t.*, nous dit également : .....*transactiones vel pactiones..... pactiones seu transactiones...* ; de plus, nous verrons que ce n'est là qu'une application de cette règle plus générale, que quand l'erreur porte sur un point déterminant, elle rend toute convention rescindable, et nous voyons cette règle appliquée au partage même, dans la loi 36, D., *fam. ercisc.*, 10, 2, que j'appliquerai par analogie à la transaction. Je réfuterai l'opinion de M. Accarias qui s'efforce d'établir dans ce cas une différence entre nos deux actes. Il n'y a guère donc qu'une seule différence au point de vue de l'usucapion. Nous verrons en effet que la transaction engendre le titre *pro transactione*, tandis que le partage ne donne lieu qu'à l'usucapion *pro suo*. Nous étudierons plus loin l'intérêt pratique de cette différence. On pourrait ajouter, si l'on veut, une autre différence au point de vue de la garantie d'éviction. En effet, nous verrons qu'il n'y a pas de garantie pour la chose litigieuse sur laquelle on a transigé, bien que cette obligation existe pour la chose non litigieuse donnée *transactionis causa*. Puisque dans le partage, il n'y a pas de chose litigieuse, dont la propriété soit contestée, il faut le supposer du moins, il y a toujours lieu à garantie (L. 7, C., *comm. utr. jud.*, 3, 38).

seule désormais *transaction*, les Romains employaient souvent les mots *decidere*, *decisio* (L. 44, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 9, § 2, *in fine*, D., *de minoribus*, 4, 4; — L. 46, D., *de rei vind.*, 6, 1; — L. 7, pr., D., *de cond. furtiva*, 13, 1; — L. 3, § 1, D., *ad leg. Falcid.*, 35, 2; — L. 42, § 1; L. 46, § 5, D., *de furt.*, 47, 2; — LL. 7, 19, 24 et 33, C., *de trans.*, 2, 4; — L. 13, C., de *furt.*, 6, 2; — Paul, *Sent.*, 1, 19, § 2), et *pacisci*, *pactum* (L. 15, D., *de trans.*, 2, 15; — L. 7, §§ 14, 17 et suiv.; L. 10, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 1; L. 6, § 3, D., *de his qui not. inf.*, 3, 2; — L. 3, § 2, D., *de calumn.*, 3, 6; — L. 73, pr., D., *ad legem Falcid.*, 35, 2; — L. 52, § 26, D., *de furt.*, 47, 2; — LL. 9, 11 et 39, C., *de trans.*; — L. 1, C., *de pact.*, 2, 3; — L. 8, C., *de ing. man.*, 7, 14; — L. 5, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45; — I., 2, 22, § 2; — Paul, *Sent.*, 1, 1, §§ 3 et 5; 1, 19, § 2; — Loi des XII Tables citée par Cicéron, *ad Herennium*, II, 13; — Aulu-Gelle, XVII, 2; XX, 1). Sans doute, Ulpien, dans la loi 1, D., *de trans.*, fait une antithèse entre la *transaction* et le *pacte*. Mais il y entend par *pacte* le pacte *de non petendo*, et ce ne serait pas une raison pour dire que le mot *pacte* ne signifie jamais *transaction*. Les nombreux textes que nous venons de citer et dont un grand nombre sont d'Ulpien même, donneraient un démenti formel à une telle assertion. Tout au plus peut-on dire que le mot *pacte* ne désigne pas directement les différentes formes de transaction autres qu'un simple pacte, et dont nous nous occuperons longuement au chapitre suivant.

2. — De la définition que nous venons de donner de la transaction, vont découler les trois caractères suivants:

Premier caractère. — La transaction est une *convention*. D'où il suit qu'en dehors des règles spéciales à la transaction, on doit observer les règles communes à toutes conventions. C'est par là aussi que la transaction diffère essentiellement du jugement, qui peut être rendu *in invitum* (L. 83, § 1, D., de *verb. obl.*, 45, 1). Nous examinerons plus tard au chapitre IV dans quelle mesure cette comparaison traditionnelle entre la transaction et le jugement est exacte.

3. — Deuxième caractère. Il faut qu'il y ait une *contestation* ou une *incertitude* dans les rapports des parties entre elles, à laquelle la transaction a pour but de mettre fin (L. 1, D., *de trans.*). Cette contestation ou cette incertitude peut exister dans trois hypothèses :

Première hypothèse. — Il y a procès entre les parties. C'est ici que la contestation est la plus sérieuse et l'incertitude le plus grande en général. En effet, la question de droit qu'on agite dans un procès est souvent controversée, et l'avis peut différer d'un juge à l'autre. Et alors même qu'il n'y aurait pas de question de droit controversable, l'appréciation du juge est souvent difficile à prévoir quant à la question de fait.

La transaction est d'ailleurs possible en tout état de cause. Ainsi elle est possible quand l'affaire est *in jure*, *in judicio*, après le *jussus* du juge [1], et même en appel

[1] Nous allons voir dans un instant que quand il y a *res judicata* la transaction n'est pas possible en principe. D'où l'on peut douter qu'après le *jussus* du juge auquel est attachée l'autorité de la chose jugée, les parties puissent encore transiger. Mais il nous semble certain qu'elles le peuvent ; en effet, pourquoi la transaction n'est-elle plus possible après le jugement ? Parce qu'il n'y a plus cette incertitude qui est un des éléments essentiels de la transaction. Or ici il y

(L. 7, pr., D., *de trans.*; — L. 40, § 1, D., *de pactis*, 2, 14; — L. 23, § 1, D., *de condict. ind.*, 12, 6; -- L. 5,

a bien une incertitude, non pas dans le droit du demandeur (et encore, depuis l'introduction de l'appel en matière civile, le droit du demandeur est incertain même après le *jussus*), mais dans le chiffre de la condamnation. Cela résulte d'ailleurs implicitement d'un texte de Paul (L. 46, D., *de rei vindicat.*, 6, 1), qui voit une sorte de transaction dans le fait du défendeur dans une action réelle, de payer la somme fixée par le demandeur sur la foi du serment plutôt que de restituer la chose même : *Ejus rei, quæ per in rem actionem petita, tanti æstimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet : transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.* Ce qui ne serait pas possible, si on ne pouvait jamais transiger après le *jussus* du juge. Au surplus, il ne faudrait pas voir une véritable transaction dans l'hypothèse du texte cité, car là, bien que cet élément de l'incertitude puisse exister, il manque cet autre élément, non moins essentiel, des concessions réciproques, que nous ne tarderons pas à voir. En effet, le défendeur qui, lui, consent à payer la somme totale, généralement exagérée, fixée par le demandeur lui-même, et qui peut ainsi être considéré comme ayant fait une concession, ne reçoit rien en retour de son adversaire. Peut-être dirait-on : « Mais si ! il reçoit la propriété de la chose ! » Cette objection sera exacte, si on admet avec la majorité des auteurs français (Pellat, *Principes de la Propriété*, 2e édition, pp. 368 et suiv.; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, pp. 1141 et suiv., Ortolan ; *Explication historique des Instituts*, 11e édition, III, pp. 564 et 565) que le *jussus* du juge était déjà exécutoire *manu militari* au temps d'Ulpien, et par conséquent, de Paul aussi. En effet, d'après cette doctrine, le demandeur aurait pu *manu militari* forcer le défendeur à restituer la chose, dans le cas où la restitution est possible, ce qui est notre hypothèse. En ne le faisant pas et en se contentant d'une condamnation pécuniaire, le demandeur aurait fait une concession. Mais nous n'admettons pas cette doctrine qui se fonde surtout sur la loi 68, D., *de rei vindicat.*, 6, 1, le fameux texte d'Ulpien, qui, suivant nous, n'a trait qu'à la matière de fidéicommis (Montagnon, *Thèse de Doctorat*, Lyon, 1883, pp. 52 et s.). Sans entrer dans les détails de cette question si vivement controversée, nous nous contenterons ici d'indiquer trois textes de Paul même (L. 4, § 3, *finium regundorum*, 10, 1 ; — L. 2, D., *de in litem jurando*, 12, 3 ; — L. 73, D., *de fidejussor.*, 46, 1), qui nous semblent démontrer assez clairement qu'il n'y avait aucun moyen de forcer le défendeur à restituer la chose en nature. S'il en est ainsi, le payement de la somme, que le demandeur lui-même a fixé sur serment est tout

§§ 3 et 4, D., *de appell.*, 49, 1 ; — L. 32, C., *de transact.*).

4. — Deuxième hypothèse. Il y a crainte de procès entre les parties. Ici l'affaire n'est pas encore portée en justice, mais il y a entre les parties une contestation qui peut donner lieu à un procès.

Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, il n'est pas nécessaire que l'affaire soit réellement douteuse : il suffit qu'il y ait un doute dans l'esprit des parties. Bien mieux, il n'est même pas nécessaire qu'il y ait chez chacune des parties un doute dans le bien-fondé de sa prétention : on peut valablement transiger, uniquement pour éviter les frais et les embarras d'un procès. En un mot, la seule existence d'un procès ou d'une crainte de procès suffit pour qu'il y ait une transaction valable (L. 65, § 1, D., *de cond. indeb.*, 12, 6 ; — L. 2, C., *de transact.*).

Si la seule existence d'un procès ou d'une crainte de

ce que celui-ci peut demander au défendeur. Donc il n'a fait aucune concession. D'ailleurs, même M. Accarias qui soutient que l'exécution *manu militari* du *jussus* était déjà possible au temps d'Ulpien et de Paul, n'admet pas que la transaction dont il est question dans la L. 46, *de rei vindicat.*, soit une transaction proprement dite (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, p. 1142, note 4). Mais du moment qu'on admet que l'exécution *manu militari* était permise au temps de Paul, il nous semble assez difficile de soutenir qu'il n'y a pas une transaction proprement dite dans le texte précité. Peut-être suppose-t-on, bien gratuitement sans doute, que l'appel n'était pas possible dans l'espèce prévue.

M. Appleton (*Histoire de la Propriété prétorienne*, I, n° 170) enseigne une nouvelle interprétation de notre texte, d'après laquelle la délation du serment aurait eu lieu, avant le *jussus*, sur la valeur de la chose. Bien que cette interprétation conduise à des conséquences bien satisfaisantes, l'ancienne interprétation nous paraît plus vraisemblable.

procès suffit, encore faut-il que ce procès ou cette crainte de procès soit sérieuse. En effet, si l'une des parties sait très bien qu'elle n'a aucun droit, mais que, par pur esprit de chicane, elle intente un procès ou menace d'en intenter un, non-seulement elle ne transigera pas valablement, mais même elle sera tenue comme *calumniator* d'une action *in quadruplum* (L. 65, § 1, D., *de cond. indeb.*, 12, 6 [1]; — L. 1, pr. et § 3; L. 3, § 2, D., *de calumn.*, 3, 6) [2].

5. — TROISIÈME HYPOTHÈSE. Le droit sur lequel on transige est conditionnel ou éventuel. Ici il n'y a point de contestation : les deux parties sont d'accord pour reconnaître l'existence du droit. Mais ce droit est tout à fait incertain [3] : l'incertitude est l'essence même de la condition. Arrivera-t-elle ? ou n'arrivera-t-elle pas ? personne n'en sait rien. Un droit éventuel a quelque chose de plus incertain encore. Les parties peuvent vouloir substituer à cette situation incertaine un droit et

[1] Nous lisons dans ce texte avec la majorité des auteurs (Note sous la loi 65, *de cond. ind.*, édition de Godefroy; Glück, V, p. 16, note 42; Noodt, *Observ.*, lib. II, cap. 16 ; *de Pact. et Trans.*, cap. 3; Accarias, *Thèse*, p. 9) : *Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est,* ET *repetitio dabitur*, bien que la seconde conjonction *et* ne s'y trouve pas ; car autrement, on ne comprendrait pas ce texte. V. cependant Basiliques, 24, 6, 65 : *Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla subesset, non repetitur, nisi evidens calumnia detegatur, et transactio imperfecta sit.*

[2] Si la victime de la *calumnia* a déjà exécuté, la loi 65, *de cond., ind.*, lui accorde une *condictio*. Mais l'action *in quadruplum* dont il est parlé au texte, étant une action mixte, il est bien évident que, si elle a été d'abord exercée, la *condictio* de la loi 65 ne sera plus possible.

[3] « *Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri,* » dit Justinien (I., 3, 15, *de verb. obligat.* § 4).

une obligation d'ores et déjà certains. La convention qui interviendra à cet effet s'appelait *transaction* en droit romain.

6. — Les textes nous donnent un exemple de transaction sur droit conditionnel en matière de fidéicommis (L. 11, C., *de transact.*; — L. 1, C., *de pactis*, 2, 3). Voici l'hypothèse prévue par le premier de ces deux textes. Un père meurt laissant deux enfants et un fidéicommis avec cette condition que si l'un d'eux décède sans laisser d'enfant, l'autre lui succédera. Chacun des deux frères aura droit à la succession tout entière, à la condition qu'il survivra à l'autre. On ne sait pas seulement qui mourra le premier. Pour substituer à un avantage si incertain un droit plus sûr, nos deux héritiers font une transaction et partagent les biens de la succession, chacun renonçant à tout droit sur la part de l'autre. Cette transaction est parfaitement valable [1].

[1] J'ai lu dans une thèse de doctorat (M. Jaubert, Toulouse, 1878, pp. 17 et 18), qu'il ne suffit pas d'un droit conditionnel pour qu'il y ait transaction, mais qu'il faut un droit contesté. Cette affirmation me paraît tout à fait téméraire en présence des deux textes que j'ai cités, et d'un autre de Paul : *Transacta finitave intelligere debemus, non solum, quibus controversia fuit, sed etiam,* QUÆ SINE CONTROVERSIA SINT POSSESSA (L. 229, D., *de verbor. signif.*, 50, 16). L'auteur de la thèse prétend que la loi 11, C., *hoc tit.*, suppose un litige relatif au fidéicommis, lequel litige, et non le fidéicommis lui-même, ferait l'objet de la transaction. Mais au moins faudrait-il prendre la peine de le démontrer. A mes yeux, le motif qu'on donne (*cum fratrum concordia remoto captanda mortis alterius voto improbabili retinetur*) montre assez clairement que l'unique but de la transaction était de remplacer un droit subordonné à la mort de l'un des contractants par un droit pur et simple. D'ailleurs la loi 229, *de verb. signif.*, tirée de l'ouvrage de Paul sur les fidéicommis ne laisse aucun doute à cet égard. J'ajoute

7. — Nous trouvons dans les textes deux exemples de transaction sur droit éventuel. Le premier se rapporte à l'hypothèse curieuse que voici. Un individu meurt laissant un patrimoine de cent sous d'or, grevé de legs qui en absorbent les trois quarts, c'est-à-dire soixante-quinze. Avant l'adition de l'hérédité, la succession se trouve réduite à soixante-quinze ou au-dessous par suite d'un accident quelconque. Or la Quarte Falcidie se calcule sur la consistance de l'hérédité au moment du décès du *de cujus*, et le pauvre héritier n'aura rien. Voyant qu'il n'a aucun avantage à accepter une telle succession, il ne veut pas l'accepter, ce qui fera tomber tous les legs par contre-coup. Alors les textes disent que les légataires devront faire une transaction avec l'héritier et lui abandonner une portion de l'hérédité pour l'engager à faire adition (L. 73, pr., D., *ad legem falcid.*, 35, 2; — I., 2, 22, *de lege falcid.*, § 2)[1].

8. — Le second exemple se rapproche beaucoup du premier. Il s'agit encore d'une hérédité jacente, qui paraît être insolvable et qu'aucun héritier ne veut accepter. Dans ce cas, les créanciers héréditaires ont bien le

que dans un cas de transaction sur droit éventuel, dont il sera bientôt question, l'auteur que je combats est obligé de reconnaître une transaction, bien qu'il n'y ait pas là non plus de contestation (*Thèse*, pp. 83 et 84). En ce sens: Accarias, *Thèse*, p. 10; Molitor, *Les Obligations en Droit Romain*, 2e édition, II, p. 490.

[1] M. Accarias, dans sa remarquable thèse de doctorat (pp. 11 et 12), nous dit que la transaction dont je viens de parler n'est pas une transaction sur un droit conditionnel, « car qui dit conditionnel suppose un événement que la seule volonté de l'obligé ne suffit pas à empêcher. Or l'adition, qui serait ici l'événement conditionnel, est, en principe, absolument facultatif pour l'héritier. » Cette manière de voir me paraît un peu inexacte. Les conditions dont l'arrivée dépend de la volonté de l'une des parties, et qu'on appelle *potestatives*, ne

droit de vendre l'hérédité en bloc. Mais cette vente en bloc n'est jamais bien avantageuse. Il sera plus avantageux à ces créanciers d'avoir un héritier comme débiteur, même en faisant des remises. D'où un arrangement, qui était probablement très-fréquent, et d'après lequel l'héritier consentait à accepter l'hérédité moyennant des remises consenties par les créanciers.

sont pas toujours nulles. On en distingue deux sortes : l'une, condition PUREMENT *potestative*, et qui ne dépend que de la volonté de l'une des parties, est nulle, comme dit M. Accarias, et si elle dépend de la seule volonté du créancier, l'obligation qu'elle affecte est pure et simple; si elle dépend de la volonté du débiteur, il n'y a pas obligation du tout. Mais l'autre, condition SIMPLEMENT *potestative*, et dont la réalisation dépend à la fois de la volonté de l'une des parties et de l'accomplissement d'un fait qui sera autre chose que la manifestation pure et simple de cette volonté, est très-valable. C'est d'ailleurs ce que le savant auteur semble avoir compris, puisqu'il a ajouté le mot *seule* au mot *volonté* (V. les *errata*), et ce qu'il enseigne en tout cas dans son *Précis de Droit Romain* (3e édition, II, p. 289). [a] Or quand l'héritier fait adition de l'hérédité, peut-on dire que son adition dépend de sa volonté seule ? ne faudrait-il pas dire plutôt qu'il y a là un acte grave, qui engendre, pour l'héritier qui accepte, des droits et des obligations complexes, et qui est autre chose que la manifestation pure et simple de la volonté d'être créancier ou débiteur ? Irait-on jamais prétendre que quand je m'engage à payer une certaine somme si j'accepte la succession de mon père décédé, mon engagement est nul comme subordonné à une condition potestative du côté du débiteur ? Ce qui est vrai c'est qu'il n'y a pas un droit conditionnel dans notre hypothèse et nous sommes d'accord sur ce point; seulement ce n'est pas parce que la condition est potestative, comme le prétend le savant romaniste, mais parce que l'éventualité du droit dans notre hypothèse provient non pas de la modalité qu'on appelle *condition*, mais d'une *conditio juris* qui constitue un élément essentiel du droit.

a. Cependant quand il dit que, dans le cas où la condition dépendra de la seule volonté du stipulant, elle défaudra nécessairement si elle n'est pas encore accomplie au moment de sa mort, il me semble aller contre la L. 48, D., *de verb. obl.*, 45, 1, qui dit : *Si decem, cum petiero, dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio :* ET IDEO LICET DECESSERO PRIUS, QUAM PETIERO, NON VIDETUR DEFECISSE CONDITIO.

Chacun y gagne généralement ; car l'héritier peut espérer qu'après les remises consenties par les créanciers héréditaires, il lui restera peut-être quelque chose après le payement des créanciers dans la mesure du dividende convenu. De leur côté, les créanciers ont cet avantage d'avoir un débiteur qui leur promet de les payer jusqu'à concurrence d'une certaine portion de leurs créances, au lieu de vendre l'hérédité en bloc, opération toujours hasardeuse, qui ne leur donnera probablement qu'un rendement dérisoire. Toutefois, il peut arriver aussi que l'arrangement soit regretté, soit par l'héritier, soit par les créanciers. En effet, d'une part, il se peut que les créanciers avec qui l'héritier a traité ne fussent qu'une partie des créanciers héréditaires, et que d'autres créanciers qui n'ont pas été *convoqués* à l'arrangement, et n'y ont pris aucune part, surgissent après l'adition de l'hérédité. L'héritier sera bien obligé de les payer, ceux-là intégralement, sans aucune remise, et ainsi il peut très bien avoir à payer une somme plus forte que le profit qu'il a retiré de l'hérédité. D'autre part, les créanciers peuvent aussi quelquefois regretter cet arrangement, parce que la succession qui paraissait insolvable, était très-solvable, qu'ils pouvaient la vendre dans des conditions plus avantageuses. Il y a donc là des concessions réciproques, cet élément essentiel de la transaction, dont nous parlerons tout à l'heure. Voilà l'opération dont il est question dans les L. 7, §§ 17 et suiv. ; LL. 8, 9 et 10, D., *de pactis*, 2, 14 ; L. 58, § 1, *mandati*, 17, 1 ; L. 3, § 1, *ad legem falcid.*, 35, 2.

9. — Ainsi, à mon avis, pour qu'il y ait transaction, il faut que le droit sur lequel on traite soit contesté ou

incertain. Et cette contestation ou cette incertitude existe dans trois cas : 1° dans le cas où il y a un procès engagé; 2° dans celui où il y a seulement crainte d'un procès; et enfin 3° lorsque le droit est conditionnel ou éventuel.

Les auteurs sont unanimes [1] pour y ajouter un qua-

[1] Accarias, *Thèse*, pp. 10 et 11 ; Appleton, *Résumé du Cours de Droit Romain*, II, p. 166 ; Molitor, *Les Obligations en Droit Romain*, II, p. 490. M. Maynz (*Cours de droit Romain*, 4e édition, II, p. 581), sans le dire formellement, semble cependant adopter la même opinion, parce qu'il cite la loi 8, D., *h. t.*, après avoir dit que « l'affaire à terminer doit être litigieuse ou au moins *douteuse, quel que soit d'ailleurs le degré de probabilité des droits respectifs des contractants,* » ce qui semble vouloir dire qu'un droit simplement aléatoire, par cela seul qu'il est aléatoire, peut faire l'objet d'une transaction. Je ne connais que la thèse de M. Jaubert déjà citée (pp. 18 et 19), qui s'écarte de l'opinion universelle. Mais la démonstration y laisse beaucoup à désirer. Ainsi l'auteur de la thèse se contente de dire que « pas un mot de la L. 8 ne peut faire supposer qu'il puisse y avoir une transaction quand il n'y a pas de contestation entre les parties. » En d'autres termes, d'après M. Jaubert, la transaction dont parle notre loi 8 porterait sur une contestation. Qu'il me permette cependant d'objecter que presque toute la loi dont il est question ne parle d'aucune contestation, et qu'elle suppose clairement que le seul but qu'on poursuit est de substituer à un droit aléatoire un droit fixe, ferme et dont la quotité soit d'ores et déjà déterminée, ou de changer simplement la nature du droit (notamment, §§ 6, 9, 10, 11, 20, 24 et 25). Mais la preuve la plus éclatante qu'on traite là non pas d'une opération portant sur une contestation, mais bien de toute opération portant sur des aliments, qu'il y ait contestation ou non, résulte du § 20, dont voici la traduction : « S'il s'est élevé un procès au sujet des aliments, et qu'on ait transigé sur le procès, la transaction ne peut valoir sans qu'on ait consulté le préteur : autrement on éluderait le sénatus-consulte, car *on pourrait feindre un procès pour faire la transaction même sans l'autorisation du préteur* (*fingi enim lites poterunt, ut transactio etiam citra prætoris fiat auctoritatem*). » D'ailleurs ce que prétend ici M. Jaubert s'accorde peu avec ce qu'il dit plus loin de la transaction sur des aliments (pp. 71 et 73), où il suppose qu'une convention qui a simplement pour but de modifier la manière d'exécuter un legs d'aliments et qui n'implique nullement l'existence d'une contestation quelconque, tombe sous le coup du sénatus-consulte qui la qualifie *transaction.*

trième cas, où le droit serait simplement aléatoire, en se fondant sur la loi 8, D., *h. t.* Ma conviction est cependant que cette loi 8, bien qu'elle se trouve insérée sous le titre *de Transactionibus* par les compilateurs de Justinien, ne traite certainement pas de la transaction proprement dite. Elle prévoit de nombreux cas où personne n'osera soutenir qu'il y ait une transaction. C'est que, comme nous l'avons vu au début (n° 1), le mot *transactio*, outre le sens technique que nous lui attribuons, a un sens large, où il signifie toute opération mettant fin à une situation juridique pour le remplacer par une nouvelle. Voici ces nombreux cas prévus par la loi 8 et dans lesquels le mot *transactio* est certainement pris dans un sens large.

10. — Premier cas. La loi 8 tout entière s'occupe de la *transactio* sur des aliments et commente un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle qui défend en principe de faire cette *transactio* sans l'autorisation du préteur. Or, le § 6 est ainsi conçu : « Le sénatus-consulte réprouve la transaction qui a pour but de consommer la somme qu'on payera sur-le-champ. *Que décider donc si l'on* TRANSIGE *sans l'autorisation du préteur pour que ce qui a été laissé par an soit payé par mois ; ou que ce qui a été laissé par mois soit payé par jour, ou enfin que ce qu'on devait recevoir à la fin de l'année soit payé au commencement ?* Je pense que cette *transaction* vaudra : parce que le bénéficiaire des aliments rend sa condition meilleure par une pareille *transaction ;* en effet, ce que le sénatus-consulte défend, c'est d'anéantir la dette alimentaire au moyen de la transaction (... *Quid ergo, si quis citra prætoris auctoritatem* TRANSEGERIT, *ut*

quod per singulos annos erat ei relictum, consequeretur per singulos dies? Quid deinde, si quod consommato anno ut acciperet, initio anni consequatur? Et puto eam TRANSACTIONEM *valere : quia meliorem conditionem suam alimentarius tali* TRANSACTIONE *facit...*). »

Si tous les auteurs que j'ai cités voient une transaction proprement dite dans l'opération prévue par la loi 8, c'est qu'elle a pour but de substituer un droit certain à un droit aléatoire, à une créance d'aliments, qui s'éteint avec la personne du bénéficiaire, c'est qu'en un mot, elle met fin à une incertitude, *res dubia*, pour la remplacer par une situation fixe et certaine. Or, dans l'hypothèse du § 6 que je viens de traduire, il ne s'agit pas le moins du monde de couper court à une situation incertaine, mais simplement de changer un peu le mode ou l'époque de payement, l'incertitude, l'aléat subsistant toujours. Est-ce là une transaction? Je crois que personne ne le soutiendra. En tout cas, la définition ou les définitions de la transaction, — car il y en a plusieurs, — que donnent tous les auteurs ne s'appliquent pas à une opération pareille [1]. Et pourtant, le texte l'appelle formellement *transaction* (*transactio, transigere*).

11. — SECOND CAS. Le § 24 de la même loi dit : « S'il a été laissé à quelqu'un à titre d'aliments non pas de l'argent, mais du blé, de l'huile et d'autres choses qui sont nécessaires à la vie, il ne pourra pas en transiger, que ces choses lui aient été laissées par an ou par mois. *Si cependant il a* TRANSIGÉ *sans l'intervention du*

[1] Les auteurs déjà cités ; Accarias, *Précis de Droit Romain*, 3e édition, II, p. 52, note 2 ; Van Wetter, *Cours élémentaire de Droit Romain*, 2e édition, II, p. 188.

préteur pour recevoir de l'argent par an ou par mois à la place de ces choses, sans changer ni le jour ni le mode de payement, mais seulement la nature de l'objet; ou au contraire s'il a fait un pacte pour recevoir en nature les aliments qui lui avaient été laissés en argent; s'il a échangé du vin contre de l'huile, de l'huile contre du vin, ou s'il a fait un changement analogue; s'il a changé le lieu de payement pour recevoir dans un municipe ou dans une province les aliments qui lui avaient été laissés à Rome, ou réciproquement; s'il a changé la personne pour recevoir d'un seul ce qu'il devait recevoir de plusieurs; s'il a accepté un débiteur à la place d'un autre : tout cela est soumis à l'examen du préteur et doit être admis selon l'avantage du bénéficiaire des aliments (... *Si tamen ita sine prætore* TRANSEGERIT, *ut in vicem eorum nummum quotannis, vel quotmensibus acciperet, et neque diem, neque modum permutavit, sed tantum genus: vel ex contrario si pactus fuerit, ut in generibus alimenta acciperet, quæ in nummis ei relicta fuissent: vel si vinum pro oleo, vel oleum pro vino, vel quid aliud commutavit: vel locum permutavit, ut quæ erant ei Romæ alimenta relicta, in municipio, vel in provincia acciperet, vel contra: vel personam [commutavit], ut quod a pluribus erat accepturus, ab uno acciperet : vel alium pro alio debitorem acceperit*...). »

D'après ce texte, la convention qui a pour but de changer soit l'objet de l'obligation, soit le lieu du payement, soit la personne du débiteur, doit être soumise à l'examen du préteur [1], et le texte l'appelle *transaction* (*transigere*). Mais je crois que personne ne soutiendra qu'il

[1] Nous verrons que dans ce cas la convention n'est pas nulle comme dans les autres cas, si elle a été conclue sans l'autorisation du préteur, mais seulement annulable selon l'intérêt de l'*alimentarius* apprécié par le préteur.

s'agit là d'une transaction proprement dite, car l'opération au lieu de mettre fin à une incertitude, à un aléat, les maintient en changeant seulement un des points que je viens d'énumérer.

12. — Troisième cas. C'est encore un cas de changement d'objet. Le texte qui le prévoit est le § 25 de la même loi : « *Si une certaine somme d'argent par an*, nous dit le texte, *a été laissée pour l'habitation, et qu'on ait* TRANSIGÉ *sans l'intervention du préteur pour qu'une maison soit fournie, la* TRANSACTION *vaudra :* car le résultat voulu par le testateur est fourni, bien que la *transaction* ne donne qu'une habitation sujette à la ruine ou à l'incendie. *A l'inverse si l'on convient de fournir une certaine somme d'argent pour tenir lieu de l'habitation qui avait été laissée, la* TRANSACTION *est valable même sans l'intervention du préteur* (*Si ad habitationem certa quantitas sit annua relicta, et ita sit* TRANSACTUM *sine prætore, ut habitatio præstetur, valet* TRANSACTIO *: quia fructus habitationis præstatur, licet ruinæ, vel incendio subjecta* TRANSACTIO *est. Per contrarium quoque, si pro habitatione, quæ erat relicta, placuerit certam quantitatem præstari ;* TRANSACTIO *rata est et citra prætorem.* »

Ainsi ce texte déclare que la convention par laquelle on fournira à l'*alimentarius* un logis à la place de la somme d'argent qui lui avait été laissée pour se loger ou réciproquement, est valable même sans le concours du préteur [1], et elle est désignée par le texte sous le nom de *transaction* (*transactio, transigere*). Et cependant personne n'osera soutenir qu'il y a là une transaction proprement dite, car la convention n'a point pour but de

[1] Nous nous demanderons plus tard si cette différence de traitement entre ce cas et le cas précédent est bien raisonnable.

mettre fin à une incertitude, élément essentiel de la transaction.

13. — Ainsi on voit bien que dans les trois cas, ou plus exactement dans les trois catégories de cas, car chacun en contient plusieurs, il ne s'agit pas du tout de ce que nous appelons *transaction*, convention qui a pour but de mettre fin à une contestation ou à une incertitude existant dans les rapports des parties contractantes entre elles, moyennant des concessions réciproques. Il s'agit là d'une novation ou d'une convention qui y ressemble. Cependant le texte l'appelle toujours *transaction*. Qu'est-ce qu'il faut en conclure? Il nous semble qu'il faut en conclure que dans la loi 8, D., *h. t.*, le mot *transactio, transigere*, est pris dans son sens large que nous avons indiqué au commencement (n° 1).

Ce point de vue ne paraît pas avoir échappé à la sagacité du futur inspecteur général des Facultés de Droit. En effet, nous lisons à la page 97 de sa remarquable thèse : « Nous disons, enfin, que *le sénatus-consulte s'applique à toutes conventions à titre onéreux*, mais à ces conventions seules. *Qu'il s'applique à toutes ces conventions, c'est ce qui résulte de la loi* 8, § 15, DE TR., *où l'intervention du préteur est exigée dans des hypothèses qu'on ne peut pas qualifier transactions. Il suit de là que ce mot présente dans le langage du sénatus-consulte une acception beaucoup plus compréhensive que son acception ordinaire*. Ceci d'ailleurs s'explique très-bien, et la place que notre matière occupe au Digeste, n'a rien que de naturel, si l'on réfléchit que, *les aliments étant presque toujours laissés* IN SINGULOS ANNOS, *la convention qu'il faut le plus redouter est celle par laquelle l'*ALIMENTARIUS, *moyen-*

nant une somme immédiatement donnée, ferait remise de tout son droit. Or c'est bien là une véritable transaction (n° 3). »

14. — Ainsi nous sommes d'accord avec M. Accarias pour reconnaître qu'il est question dans la loi 8, D., *h. t.*, non pas de la transaction *stricto sensu*, mais bien de la transaction *lato sensu*. Dès lors, il nous semble qu'on ne peut plus s'appuyer sur ce fragment pour prétendre qu'un droit aléatoire, par cela seul qu'il est aléatoire, peut faire l'objet d'une transaction proprement dite.

Or, c'est précisément ce que fait l'auteur que nous venons de citer. A la fin du passage que nous avons reproduit, il renvoie au n° 3, où il paraît prétendre avoir démontré que la convention qui aurait pour but de transformer une dette d'arrérages annuels payables jusqu'à la mort de l'*alimentarius*, en une dette de somme unique immédiatement exigible, serait une transaction proprement dite.

Or, si nous nous reportons au n° 3 (pp. 10 et 11), nous voyons que le savant auteur n'a trouvé rien de mieux que de s'appuyer, pour défendre cette prétention, que nous considérons comme injustifiable, sur le texte même de la loi 8, texte qui vise, de l'aveu de l'auteur, toutes les conventions à titre onéreux sans exception. Et pourtant, il faut choisir : ou le texte cité vise toutes les conventions à titre onéreux, alors on ne pourrait pas s'appuyer sur ce même texte pour prétendre que l'une des conventions visées par ce texte constitue une transaction ; ou le texte ne vise que la transaction, alors on devrait dire que toute novation ou toute convention analogue est une transaction. Puisque l'auteur ne semble pas admettre

cette dernière alternative, — et personne ne saurait l'admettre de bonne foi, — force est pour lui de s'en tenir à la première alternative, c'est-à-dire qu'il doit dire que la convention ayant pour but de substituer à un droit aléatoire quant à sa valeur, un droit plus ferme, ne constitue pas une transaction [1].

15. — Il est donc désormais bien entendu que la transaction dont il est parlé à la loi 8 n'est pas une transaction proprement dite. Or tous les auteurs que nous avons cités et que nous essayons de combattre semblent ne s'appuyer que sur ce texte. Dès lors, cette opinion si répandue, qui voit dans le caractère aléatoire du droit, ne fût-ce que quant à sa valeur, un élément suffisant de la transaction proprement dite, doit s'écrouler par la base.

Peut-être dirait-on que les mots *res dubia*, employés dans la loi 1, D., *h. t.*, sont assez compréhensifs pour embrasser même les droits dont l'existence est certaine, mais la valeur aléatoire. Mais peut-on dire qu'un droit

[1] Si l'on nous demande pourquoi les compilateurs de Justinien ont mis ce texte sous le titre *de transactionibus*, nous nous contenterons de répondre que ces compilateurs qui ont achevé leur œuvre si considérable en si peu de temps (3 ans) sont excusables d'avoir placé sous le titre *de transactionibus* un texte traitant d'un bout à l'autre, de la *transaction*, bien que ce mot n'y fût pas employé dans son sens technique; d'autant plus que ce texte très général s'applique à la transaction proprement dite aussi bien qu'aux autres conventions à titre onéreux. Au reste, il convient de remarquer que la loi 8 est tirée du *De omnibus tribunalibus*, tandis que tous les autres textes d'Ulpien cités sous notre titre appartiennent à l'*Ad Edictum*, à l'*Ad Sabinum*, aux *Disputationes*, aux *Opiniones* ou aux *Responsa*. Il ne serait donc pas étonnant que le même Ulpien eût employé le mot *transaction* dans son sens large dans la loi 8, et dans son sens technique dans les autres fragments. Cf. L. 1, § 3, D., *de pactis*, 2, 14.

dont le chiffre seulement est aléatoire est un droit *douteux?* Le droit existe *certainement* : ce qu'on ne sait pas c'est le montant exact de la créance. Ce n'est pas quelque chose que l'on puisse comparer au droit litigieux, dont l'existence même est contestée et *douteuse*. Or les textes visent surtout la transaction sur un droit litigieux, — et dans le Code civil (art. 2044), c'est cette opération seule qui est appelée *transaction*, en prenant le mot *litigieux* dans son sens le plus large ; — le seul texte, qui donne une espèce de définition de la transaction, la loi 1, qu'on voudrait invoquer contre nous, après avoir parlé de *res dubia*, ajoute immédiatement : *et lite incerta neque finita*. Il nous semble donc assez difficile d'admettre en l'absence de texte précis que le caractère aléatoire du chiffre du droit suffirait pour constituer le caractère *douteux*, qui est nécessaire pour qu'il y ait transaction.

Si nous avons admis que le caractère conditionnel ou éventuel du droit suffit, c'est que, dans ce cas, le droit est réellement douteux, que son existence même est en suspens ; tandis que quand l'objet du droit est simplement aléatoire, le droit lui-même n'est pas *douteux*, il existe sans aucune contestation. De plus, là, nous avons des textes formels ; ici, nous n'en avons point. Donc on ne saurait assimiler le droit dont le montant est aléatoire à un droit conditionnel ou éventuel[1].

16. — En résumé, pour qu'il y ait transaction, il faut que le droit soit douteux, et ce droit douteux peut

[1] Nous avons vu toutefois que la question de savoir s'il y a transaction ou non présente peu d'intérêt pratique en droit romain (n° 1, 2e note).

être ou bien un droit réellement litigieux, ou bien un droit simplement contesté, ou bien enfin un droit seulement conditionnel ou éventuel, mais il ne suffit pas d'un droit aléatoire quant à son chiffre.

Ce qu'il y a d'essentiel c'est que le droit soit douteux. Si le droit n'est point douteux, il n'y aura pas transaction. Voici la plus importante application de cette idée : c'est qu'il ne saurait y avoir transaction sur la chose jugée (L. 23, § 1, D., *de condict. indebiti*, 12, 6 ; — L. 32, C., *de trans.* ; — Paul, *Sent.*, 1, 1, § 5). En effet, malgré la possibilité des erreurs judiciaires, c'est un principe universellement admis et absolument nécessaire en pratique, que la chose jugée doit être considérée comme la vérité (L. 56, D., *de re judicata*, 42, 1 ; — L. 207, D., *de regul. jur.*, 50, 17). D'où l'impossibilité de transiger sur une affaire terminée par une décision de justice passée en force de chose jugée. L'auteur de la thèse déjà citée[1] soutient que cette impossibilité est une conséquence non pas de l'idée que la transaction ne peut se faire valablement sur un droit non douteux, mais de cette autre idée, que nous étudierons plus tard, que la transaction est impossible sur une *actio quæ infitiatione duplatur*. Nous combattrons cette opinion plus loin ; nous nous contentons pour le moment d'affirmer qu'il n'y a à nos yeux aucune corrélation entre les deux règles et que cette impossibilité de transiger sur la chose jugée se rattache au caractère non douteux du droit et non point à l'interdiction de transiger sur les *actiones quæ infitiatione duplantur*.

[1] M. Accarias, pp. 13, 14 et 87.

17. — Une fois cette idée admise, qu'il n'y a pas de transaction possible sur la chose jugée, parce qu'alors, il n'y a plus de droit douteux, il faut admettre à ce principe les restrictions suivantes : la transaction est possible :

A. Quand il y a contestation ou doute sur l'existence même du jugement (L. 11, D., *de transact.* ; — L. 23, § 1, D., *de condict. indebiti*, 12, 6) ;

B. Quand la validité du jugement est contestée ou douteuse (*ibidem*) : par exemple quand on prétend que le jugement contient une violation de la loi, qu'il a été rendu par un juge incompétent, qu'il est intervenu entre parties incapables d'ester en justice, que le chiffre de la condamnation n'est pas déterminé, ou que le juge a statué *ultra petita* ;

C. Après le *jussum* du juge et avant la condamnation définitive (n° 3) ;

D. Après la condamnation, si l'appel a été ou peut encore être interjeté (*ibidem*) ;

E. Si la *restitutio in integrum* a été ou peut être demandée (L. 32, C., *de trans.*) ;

F. S'il y a doute ou contestation sur la recevabilité de l'appel ou de la *restitutio in integrum* ;

G. S'il y a également doute ou contestation sur l'interprétation du jugement.

Peu importe d'ailleurs, pour que le jugement fasse obstacle à la transaction, qu'il soit une *sententia* du juge ou un *decretum* du magistrat, pourvu qu'il émane d'une autorité compétente.

18. — Toutefois, pour que la transaction ne produise pas d'effet après un jugement souverainement rendu, il

faut qu'il ne soit pas connu des parties au moment de la convention. Car autrement, de trois choses l'une : ou les parties qui avaient connaissance du jugement ou soupçonnaient son existence au moins, n'étaient pas d'accord ou conservaient encore des doutes sur l'existence, la validité ou l'interprétation du jugement, ou sur la recevabilité de l'appel ou de l'*in integrum restutitio* ; alors, comme nous venons de le voir, la transaction est parfaitement valable. Ou les parties ont voulu faire et recevoir une libéralité ; alors la convention, nulle comme transaction, pourra être valable comme donation : *Post rem judicatam pactum*, nous dit Paul, NISI DONATIONIS CAUSA INTERPONATUR, *servari non oportet* (*Sent.*, 1, 1, § 5). Ou enfin, les parties ont pu vouloir faire une véritable transaction sur l'obligation naturelle que laisse substituer le jugement[1] ; alors, selon moi, cette transaction est valable,

[1] La question de savoir si le jugement laisse subsister une obligation naturelle est vivement controversée. Cette controverse a pour cause principale la contradiction, à mon avis apparente, des textes de Paul, qui paraissent reproduire l'opinion de Julien (LL. 28 ; 60, pr., D., *de condict. indeb.*, 12, 6), et de celui de Tryphoninus (L. 13, D., *Quibus modis pignus*, 20, 6). En effet, d'après les premiers textes, le payement fait par le débiteur injustement absous n'est pas sujet à répétition, parce qu'il y a à sa charge une obligation naturelle (*natura tamen debitor permanet* : L. 60, pr., *de cond. ind.*). Mais, selon le texte de Tryphoninus, le jugement d'absolution a pour effet d'éteindre l'hypothèque qui garantissait l'obligation du défendeur, alors même qu'il serait prouvé qu'il a été injustement rendu. D'où l'on serait tenté de conclure que le jugement ne laisse jamais subsister d'obligation naturelle, car Ulpien nous dit : *Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit* (L. 14, § 1, D., *de pignor. et hypoth.*, 20, 1). Sans entrer dans les détails de la discussion, j'indiquerai ici ma conviction et j'essaierai de la justifier sommairement. A mon sentiment, ces textes qui semblent au premier abord contradictoires, se concilient aisément. On sait qu'en droit romain, l'expression d'*obligation naturelle* (*naturalis obligatio*) était des plus mal définies et qu'elle n'indiquait pas du tout une obligation dont les effets fussent toujours les mêmes (V. cependant Mas-

et nous verrons même dans le chapitre suivant qu'un simple pacte de transaction ainsi intervenu sur une obli-

sol, *De l'Obligation naturelle*, 2e édit., *Introduction*, pp. VI et suiv.). Il y en a qui produisent à peu près les mêmes effets qu'une obligation civile, sauf le défaut d'action qui est de l'essence de l'obligation naturelle. Il y en a d'autres qui en produisent seulement quelques-uns. Cela étant, je dirai que le jugement laisse subsister une obligation naturelle, comme le dit Julien, rapporté par Paul dans la loi 60. Cette obligation naturelle, comme il est dit dans la loi 28, a pour effet d'empêcher la répétition du payement volontairement fait (*sua sponte*) ; et je pencherais à croire que la loi 60, pr., ne dit pas autre chose. Mais cette obligation naturelle n'a pas en principe pour effet de laisser subsister l'hypothèque qui garantissait l'obligation du défendeur injustement absous, comme le dit très-bien Tryphoninus dans la loi 13, *quibus mod. pig.* Ainsi interprétés, ces trois textes se concilient très-bien et les décisions qui y sont contenues s'expliquent parfaitement. En effet, il y a ici deux notions, en présence l'une de l'autre : l'équité et la nécessité pratique. La première de ces deux notions voudrait que quand par suite d'une de ces erreurs judiciaires inévitables et assez fréquentes, une partie a été injustement condamnée ou absoute, elle puisse recevoir la restitution de ce qu'elle a indûment payé ou qu'elle paye ce dont elle a été injustement libérée. Mais la notion de la nécessité pratique s'oppose à ce que le perdant puisse forcer directement ou indirectement le gagnant à obéir à la seule notion de l'équité, car alors cette fiction absolument nécessaire : *Res judicata pro veritate accipitur* (L. 207, D., *de reg. juris*, 50, 17), ne serait qu'un vain mot. D'où cette solution parfaitement juste, à savoir que si le gagnant paye volontairement ce qu'il doit au perdant en reconnaissant le mal-jugé de la sentence rendue en sa faveur, il ne peut plus le répéter et il ne sera pas considéré comme donateur ; mais que le jugement d'absolution ne laisse pas en général subsister l'action hypothécaire qui garantissait l'action principale, car alors le demandeur aurait toujours le moyen civil et énergique de poursuivre l'exécution de son droit, ce qui porterait atteinte à l'autorité de la chose jugée. Si c'était bien là la solution du droit romain, comme j'en suis convaincu, et que cette solution fût fondée sur les motifs que j'ai indiqués, comme cela ne me semble pas douteux non plus, il m'est bien facile de me fixer sur les autres effets que pouvait produire l'obligation naturelle qui subsistait après le jugement. Le principe est que toute satisfaction volontaire donnée par le gagnant au perdant est valable, tandis que les moyens de coercition directs ou indirects ne sont point possibles contre le gagnant. D'où les conséquences suivantes. D'un côté, les garanties réelles ou personnelles fournies volontairement, la novation et la transaction consenties librement et avec connaissance de cause par le gagnant, sont valables comme

gation naturelle l'éteint *ipso jure*, contrairement à ce qui arrive habituellement pour les obligations civiles. Si le texte cité ci-dessus de Paul et les autres relatifs à la matière ne parlent point de cette hypothèse, c'est évidemment qu'elle n'était pas pratique. Qu'on ne m'objecte pas que quand les parties ont reconnu le mal-jugé, il n'y a

telles. D'autre part, le perdant ne peut pas retenir ce que le gagnant a payé par erreur, par exemple, ignorant le jugement rendu en sa faveur ; il ne peut non plus opposer la compensation de cette obligation naturelle quand il sera poursuivi pour une autre dette (L. 14, D., *de compens.*, 16, 12). Voilà le principe avec ses conséquences. Ce principe si raisonnable, reçoit des exceptions non moins raisonnables, quand il s'agit de jugements d'absolution fondés sur certains vices de procédure comme la *plus-petitio*, ou sur ce que le défendeur n'a qu'une obligation naturelle, par exemple en vertu du sénatus-consulte Macédonien. Dans ce cas en effet, l'équité voudrait plus impérieusement que dans les autres cas, que le défendeur absous exécutât son obligation, et d'un autre côté, l'autorité de la chose jugée ne serait pas atteinte, si on avait des moyens indirects de le forcer à payer. Voilà évidemment l'idée dont sont partis les jurisconsultes romains lorsqu'ils décident que l'absolution fondée sur la *plus-petitio* laisse subsister l'action hypothécaire ou de gage qui garantissait l'action perdue par la *plus-petitio* (L. 27, D., *de pignor. et hypoth.*, 20, 1), et que le payement fait par l'*ex-filiusfamilias* qui avait été absous en vertu du sénatus-consulte Macédonien, n'est pas sujet à répétition (L. 40, D., *de cond. ind.*, 12, 6).

Voilà l'opinion qui me semble seule vraie. Elle est au fond celle qui paraît la plus accréditée aujourd'hui (Machelard, *Des Obligations naturelles*, pp. 336 et s. ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, pp. 886 et s.). Cependant ces auteurs veulent voir dans l'hypothèse de la loi 60, pr., *de cond. ind.*, une de ces hypothèses exceptionnelles où le jugement d'absolution laisse une obligation naturelle plus énergique que dans les cas ordinaires. Cette conjecture, qui, en soi, n'a rien de déraisonnable, ne me semble point démontrée par les termes employés au texte et suppose bien des choses qui ne s'y trouvent pas exprimées. Il me paraît plus simple de supposer, comme je l'ai dit plus haut, que le débiteur a payé en connaissance de cause. M. Accarias semble nier que l'impossibilité de répéter le payement volontairement fait, soit suffisante pour qu'on puisse dire qu'il y a obligation naturelle, oubliant peut-être qu'il n'y a pas de payement possible sans dette, au moins naturelle, idée qu'il expose cependant d'une manière implicite quand il explique la théorie des obligations naturelles en général (II, p. 792).

plus ni doute ni contestation ! En effet, lorsqu'il y a un jugement inattaquable rendu en faveur de l'une des parties, quand même cette partie elle-même reconnaît maintenant que ce jugement a été mal rendu ; on peut raisonnablement conserver encore un léger doute sur la question de savoir s'il y a mal-jugé, puisque la partie qui reconnaît aujourd'hui ce mal-jugé, soutenait, hier encore, énergiquement que le droit était de son côté, et a réussi à convaincre le tribunal.

19. — Ainsi M. Molitor (*Les Obligations en Droit Romain*, 2e édit., II, p. 491) commet deux erreurs en sens contraires, lorsqu'il dit « qu'il faut pour qu'il y ait lieu à répétition, que la partie dont les droits étaient établis par une décision souveraine, *ait contesté l'existence de cette décision, car si malgré la connaissance qu'elle en aurait eue, elle avait transigé sans qu'aucune contestation se fût élevée sur la validité du jugement, elle serait censée avoir fait une remise volontaire, une donation.* » En effet, d'un côté, comme nous venons de le voir, si les parties ont transigé malgré la connaissance qu'elles avaient du jugement, on ne peut pas affirmer qu'il y a là une donation, car la partie gagnante a pu vouloir réparer au moins partiellement une erreur judiciaire par une transaction et transformer ainsi une obligation naturelle en une autre obligation qui sera généralement civile, ou l'exécuter par une dation immédiate. D'autre part, c'est une grave erreur de dire qu'il faut qu'il y ait contestation sur l'existence ou la validité du jugement, pour qu'il y ait lieu à répétition de ce qui aura été payé en exécution de la prétendue transaction, parce qu'autrement, il y aurait donation. En effet, nous avons

vu que quand il y a contestation sur l'existence ou la validité du jugement, la transaction, loin de donner lieu à répétition comme le prétend le savant auteur belge, est parfaitement valable, ce dont d'ailleurs M. Molitor aussi paraît convenir quelques lignes après.

20. — On se demande si la *confessio in jure*, comme le jugement, peut faire obstacle à la transaction. Il me semble qu'il n'y a pas de doute possible : il faut répondre sans hésitation : oui ! dans le cas du moins où un jugement, d'après les idées que je viens de développer, empêcherait la conclusion d'une transaction valable, c'est-à-dire dans le cas où l'existence ou la validité de la *confessio* ne serait pas révoquée en doute, et où la somme due serait précisée. En effet, outre que, dans ce cas, la *confessio in jure* est assimilée au jugement (L. 56, D., *de re judic.*, 42, 1 ; — L. 1 ; L. 6, pr., D., *de confessis*, 42, 2), cette incertitude, élément essentiel de la transaction, y fait défaut. Il en faut dire autant du cas où le demandeur reconnaîtrait *in jure* le bien-fondé de la défense.

Que dire maintenant du serment déféré par les parties, prêté ou refusé ? A mon avis, il faut dire toujours la même chose : s'il n'y a ni contestation ni doute sur l'existence ou la validité du serment ou du refus de serment, et que, dans le cas où le serment a été prêté par le demandeur, le montant soit bien précisé, il n'y a plus transaction possible, car il y a ici exactement les mêmes raisons que dans le cas précédent (L. 1 ; L. 2 ; L. 9, pr., D., *de jurej.*, 12, 2 ; — L. 13, D., *quibus modis pignus*, 20, 6 ; — L. 56, D., *de re judic.*, 42, 1 ; — L. 1, pr., D., *quar. rer. act.*, 44, 5).

21. — Quant aux moyens par lesquels on fera valoir la nullité ou plutôt l'inexistence d'une transaction contraire aux notions précédentes, nous les étudierons en traitant de la nullité de la transaction en général.

22. — TROISIÈME CARACTÈRE. La transaction suppose des *sacrifices réciproques* des parties. Ces sacrifices peuvent consister :

1° Dans l'abandon total de la prétention de l'une des parties, moyennant une dation ou un engagement de la part de l'autre ;

2° Dans l'abandon partiel de la prétention de chacune des parties.

23. — Ce caractère de la transaction est formulée dans la loi 38, C., *h. t.* : *Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit.* On conjecture que cette loi aura été détachée de la loi 3, C., *de repud. vel abst. hered.*, 6, 31. Voici l'hypothèse prévue dans ce dernier texte. Un héritier sien, omis dans le testament de son père, attaque ce testament comme *injustum*, et *in jure*, il déclare ne rien réclamer de la succession de son père, non pas à titre de donation, mais à celui de transaction. Les empereurs Dioclétien et Maximien, répondant au consultant, décident que cette déclaration est nulle et qu'on ne peut pas opposer l'exception de pacte à l'héritier qui intentera plus tard la pétition d'hérédité, parce que, d'une part, on ne renonce pas à une succession déjà acquise ; or dans l'hypothèse, l'héritier étant un héritier sien, est investi de plein droit de la succession, et il ne peut plus se prévaloir du *jus abstinendi*, par cela seul qu'il a attaqué le testament

comme *injustum*, ce qui constitue un acte d'immixtion de sa part. D'autre part, et c'est là qu'apparaît le caractère de la transaction, les empereurs motivent la nullité de la déclaration de l'héritier par cette raison qu'il n'y a là ni donation, car on ne fait pas de donation sans l'intention de libéralité, ni transaction, car la transaction suppose nécessairement une dation, une rétention ou une promesse, ce qui fait défaut dans l'espèce.

24. — Cette formule des L. 38, *de trans.*, et L. 3, *de repud. vel abst. hered. : Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit*, doit être complétée par quelques observations.

Ainsi dans la loi 3, *de rep. vel abst. hered.*, les empereurs se placent dans l'hypothèse où le demandeur abandonne tout ou partie de sa prétention. Mais il va sans dire que l'on peut supposer la même chose du côté du défendeur, qui pourra, lui aussi, abandonner complètement sa prétention, même avant tout procès, et donner satisfaction à la réclamation de son adversaire, sauf à recevoir en retour une dation ou un engagement. C'est l'hypothèse prévue dans la loi 9, C., *h. t.*

25. — De même, d'après la formule ci-dessus, il faudrait qu'il y eût ou bien une dation, ou bien une rétention, ou bien un *promissum*. Ce mot *promissum*, dans son sens rigoureux, indique une obligation consentie dans un contrat *verbis*, dans la *stipulatio* proprement dite. Mais ici il est employé pour désigner d'une manière générale un engagement quelconque ; il est certain qu'un engagement pris dans un simple pacte suffit pour

qu'il y ait transaction (L. 28, C., *h. t.*). Cet emploi large du mot *promittere* se rencontre dans le langage du Bas-Empire. V. L. 41, C., *h. t.*

26. — Enfin, il suffit d'un engagement quelconque pour qu'il y ait transaction. Ainsi l'engagement de ne pas réclamer ce qui est dû par l'une des parties à l'autre, ou ce qu'on prétend tel, soit qu'il soit suivi d'une acceptilation, soit qu'il reste à l'état de pacte *de non petendo*, peut très-bien être considéré comme l'équivalent de l'abandon du droit litigieux sur lequel porte la transaction [1].

27. — C'est ce dernier caractère, nécessité des concessions réciproques, qui distingue la transaction de plusieurs autres actes qui ont aussi pour but de prévenir ou de terminer un procès, ce sont :

1° La remise de dette gratuite. Ici la convention a pour cause l'intention de faire une libéralité, tandis que dans la transaction, chacune des parties fait des concessions pour échapper à la perte totale, ou tout au moins qui peut être plus considérable, de ses droits. Dans le premier cas, l'idée de sacrifices réciproques fait complètement défaut; dans le second, au contraire, elle est de l'essence même de la convention. C'est évidemment pour cela que Papinien se refuse à voir une transaction dans l'hypothèse de la loi 29, § 1, D., *de donat.*, 39,5. Voici cette hypothèse : L'ex-pupille a déclaré *in jure* qu'il ne

[1] On a soutenu (M. Accarias, *Thèse*, p. 18 ; M. Dumas, *Thèse de doctorat*, Paris, 1871, p. 15) que la loi 35, C., *h. t.*, faisait allusion à notre cas par ces mots : *actione perempta*. Mais il me semble plus naturel de supposer qu'il s'agit là de l'action objet de transaction qu'on laisse périmer.

lui est rien dû par les héritiers de son ancien tuteur. Le jurisconsulte dit qu'on peut y voir une donation, mais non une transaction, évidemment parce qu'il n'y a pas de concessions réciproques ;

2° Le désistement pur et simple, acte par lequel le demandeur abandonne son action en reconnaissant le mal-fondé de sa prétention, et qui, par conséquent, n'implique point l'idée de concessions réciproques ;

3° L'aquiescement pur et simple par lequel le défendeur reconnaît que la réclamation de son adversaire est bien fondée, et qui, par conséquent, exclut aussi l'idée de sacrifices réciproques [1] ;

4° Le compromis, convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre le différend à la décision d'un tiers. Cette convention ne suppose pas non plus des concessions réciproques, parce que l'arbitre peut donner complètement raison à l'une des parties ;

5° Le serment extrajudiciaire. On le compare quelquefois à la transaction (L. 2, D., *de jurej.*, 12, 2 : *jusjurandum speciem transactionis continet*), parce qu'il contient, lui aussi, une concession consistant à laisser l'autre partie juge de sa cause, sur la foi du serment. Seulement, cette concession n'est pas réciproque et celui qui prête le serment triomphe complètement dans la plupart des cas, ce qui le sépare de la transaction. Sans doute, si le refus de celui à qui l'on a déféré le serment pouvait déterminer sa perte comme dans un serment judiciaire, on pourrait dire qu'il y a des concessions réciproques. Mais

[1] Je dis *désistement* PUR ET SIMPLE, *acquiescement* PUR ET SIMPLE, parce que la transaction peut très-bien revêtir la forme de désistement ou d'aquiescement.

le refus n'a pas un tel effet dans un serment extrajudiciaire (L. 5, § 4, D., *de jurej.*, 12, 2).

28. — Il est à peine besoin de parler de la preuve de la transaction : toutes les règles du droit commun s'y appliquent. Ainsi c'est à celui qui invoque la transaction, soit comme demandeur, soit comme défendeur, à prouver l'existence et l'étendue de cette transaction (L. 9, § 3, D., *de trans.*; — L. 11, C., *de condict. indeb.*, 4, 5).

De même, les modes de preuve sont l'écriture, le témoignage, l'aveu et le serment. Depuis Justinien, lorsque la volonté des parties a été de constater la transaction par écrit, la convention ne sera parfaite qu'après la rédaction de l'écrit (L. 17, C., *de fide instrum.*, 4, 21).

Enfin le juge doit s'attacher plus à l'intention des parties qu'à la lettre de l'écrit. Cette règle du droit commun, formulée dans la loi 1, C., *plus valere quod agit.*, 4, 22, reçoit une application curieuse en matière de transaction dans la loi 21, C., *h. t.* Ce texte suppose une transaction qu'on cache sous le manteau d'une vente. Par exemple, Primus commet un dol ; Secondus, la victime du dol, veut le poursuivre *de dolo*. Primus lui propose une transaction, dans laquelle il lui donnera son immeuble, moyennant quoi Secundus abandonnera sa poursuite. Mais comme nous le verrons au chapitre III, la transaction sur l'action *de dolo* entraîne l'infamie. Pour éviter ce résultat, Primus exige que la convention soit qualifiée *vente*, avec un prix fictif. Plus tard, il s'avise d'intenter l'action *venditi* pour réclamer ce prix fictif. Les empereurs Dioclétien et Maximien décident avec raison que la demande devra être repoussée.

Voilà du moins comment nous comprenons la loi 21.

Tel n'est pas cependant l'avis général [1]. On enseigne généralement qu'il y a réellement dans l'hypothèse de cette loi une somme d'argent promise par celle des parties qui garde la chose litigieuse par suite d'une transaction. Cette interprétation, quoique fort répandue, nous semble inadmissible. En effet, si dans cette hypothèse, les parties ont désigné leur convention sous le nom de vente, celle qui a abandonné sa prétention, devra être considérée comme ayant vendu son droit litigieux sur la chose, et avoir ainsi l'action *venditi* pour réclamer le prix. Or les auteurs du rescrit déclarent catégoriquement : *Frustra* FICTI PRETII, *postulatur numeratio*, ce qui ne permet même pas de supposer la possibilité d'une autre action, comme veulent l'admettre les auteurs que nous avons cités. Ajoutons que dans ce cas, il serait inexact de dire que le prix soit *feint*.

[1] Note sous la loi 21, C., *de trans.*, Edition de Godefroy ; Accarias, *Thèse*, p. 20.

CHAPITRE II

DES FORMES DE LA TRANSACTION

29. — La transaction a pour but de créer, de transmettre ou d'éteindre des droits, réels ou personnels. Mais par elle-même, elle n'est ni un contrat, ni un mode de translation, ni un mode d'extinction des droits. Donc pour qu'elle produise effet, il faut en principe qu'elle revête la forme d'un contrat ou d'un mode légal, qui existe indépendamment de toute transaction.

Étudions ces modes et ces contrats appliqués à la transaction, en nous plaçant successivement : 1° au point de vue du droit sur lequel on veut transiger, et 2° au point de vue de celui auquel on veut donner naissance en échange de l'abandon total ou partiel de la prétention en question.

SECTION I

DU DROIT OBJET DE TRANSACTION

30. — Le sort du droit objet de transaction diffère suivant qu'il s'agit d'un droit déjà déduit *in judicium*, ou non. D'où deux paragraphes d'étude.

§ 1. — DU DROIT NON DÉDUIT *in judicium*.

31. — Cette partie comprend à la fois l'étude du droit sur lequel on transige avant qu'il ait fait l'objet d'aucun

procès et celle d'une action pendante devant le magistrat et sur laquelle la transaction intervient avant la *litis contestatio*.

Nous avons vu dans le chapitre précédent (n° 22) que celui qui prétend avoir un droit peut par transaction l'abandonner entièrement ou partiellement, ou le voir consacré et reconnu par son adversaire. Examinons donc ces deux cas l'un après l'autre.

I. — ABANDON TOTAL OU PARTIEL DE LA PRÉTENTION OBJET DE TRANSACTION.

32. — Il est de principe en droit romain que tout droit peut s'éteindre par le même mode qu'on a employé pour le faire naître (L. 80, D., *de solut.*, 46, 3 ; — LL. 35, 100, 153, D., *de reg. jur.*, 50, 17). D'où les deux conséquences suivantes :

1° Si le droit que le demandeur (ou celui qui jouerait ce rôle si l'affaire allait en justice) [1] prétend avoir, est né des *verba*, pour que l'abandon de ce droit produise son effet *ipso jure*, il faut qu'il résulte aussi des *verba*, de l'acceptilation [2] ;

[1] Je l'appellerai désormais toujours *demandeur*, pour commodité de langage ; de même j'appellerai *défendeur* celui qui devrait jouer le rôle inverse.

[2] Un auteur considérable (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, p. 742, note 3) prétend que l'acceptilation n'est possible même dans ce cas qu'autant que le litige ne porte pas sur l'existence même de la créance, car, dit-il, pour prouver qu'elle a produit son effet, il faudrait d'abord prouver que la créance a existé, ce qu'on s'interdit de faire par la transaction. Cette opinion me paraît très-contestable. En effet, cette acceptilation a pour effet d'éteindre l'obligation en supposant qu'elle existe ; et qui contestera son existence après l'acceptilation ? Le prétendu créancier ? Mais il s'en gardera

2° Lorsque ce droit résulterait d'une simple convention, d'un simple pacte, il peut aussi s'éteindre *ipso jure* par un simple pacte. Ainsi les obligations qui résulteraient d'un contrat consensuel, vente, louage, société ou mandat, peuvent être éteintes *ipso jure* par un simple pacte intervenu avant toute exécution ou après avoir remis les choses à leur premier état (L. 27, § 2; L. 58, D., *de pactis*, 2, 14; — *L.* 72, *pr., in fine, D.*, *de contr. empt.*, 18, 1; — L. 3, D., *de rescind. vend.*, 18, 5; — L. 2, C., *quando lic. ab empt. disc.*, 4, 45). De même, l'obligation naturelle[1] qui résulterait d'un pacte nu peut s'éteindre *ipso jure* par un nouveau pacte. Nous allons voir d'ailleurs que toute obligation naturelle s'éteint *ipso jure* par un simple pacte *de non petendo*[2].

bien, car c'est lui qui a toujours prétendu que la dette existait, et cette prétention a occasionné la transaction qui a dû lui procurer un avantage. Le prétendu débiteur ? Mais il a promis de ne plus parler de l'ancienne dette et la loi de la convention lui défend de contester maintenant l'existence de cette ancienne dette, bien qu'il puisse avoir intérêt à dire que l'acceptilation n'a pas produit son effet vu la non-existence de la dette, pour n'être pas tenu par l'action *præscriptis verbis*, qui résulterait de l'acceptilation *ob rem*. J'ajouterai que si le raisonnement de l'honorable inspecteur général des Facultés de Droit était exact, il faudrait dire que la stipulation aquilienne n'est pas non plus possible toutes les fois que la contestation porte sur l'existence même du droit, car la stipulation aquilienne qui n'est qu'une formule de novation suppose l'existence du droit. Au reste, l'auteur que je combats a admis la possibilité de cette acceptilation dans sa remarquable thèse que j'ai tant citée (pp. 22 et 23).

[1] La question de savoir si un *nudum pactum* fait naître une obligation naturelle est controversée. Mais pour ne pas faire trop de digressions, je m'abstiens de discuter ici la question, qui ne me paraît guère sérieusement controversable, et dont la solution importe d'ailleurs fort peu pour l'exactitude de la règle posée au texte.

[2] On sait qu'il y a deux sortes de pactes *de non petendo* : le pacte *de non petendo* IN REM et le pacte *de non petendo* IN PERSONAM. A la rigueur, on peut dire que tous deux peuvent être employés *transigendi animo*. Mais le pacte *de non petendo in personam* consenti *transigendi animo* sera extrêmement rare et nous supposerons dans cet ouvrage que le pacte *de non petendo* est toujours *in rem*.

33. — A l'inverse :

1° Si la prétention sur laquelle on transige est fondée sur toute autre cause que le contrat *verbis*, l'acceptilation est impuissante en principe pour l'éteindre *ipso jure* : elle n'a d'effet que comme pacte et elle n'engendre en général qu'une *exceptio doli mali* ou *pacti conventi* (L. 19, pr., D., *de accept.*, 46,4);

2° Un pacte de transaction intervenu pour mettre fin à la prétention fondée sur une autre cause qu'un simple consentement ne produit pas l'extinction *ipso jure*, mais *exceptionis ope* seulement, sauf les exceptions que nous allons voir.

34. — D'après ce que nous venons de voir, il paraîtrait que quand l'obligation à éteindre serait née d'une cause autre qu'un contrat *verbis* ou un pacte, il n'y aurait aucun moyen de l'éteindre *ipso jure*. Mais il ne faut pas oublier qu'on peut nover toute obligation et la transformer en une obligation *verbis* au moyen d'une stipulation. Une fois transformée ainsi en une obligation *verbis*, il est facile de l'éteindre *ipso jure* par l'acceptilation (I., liv. 3, tit. 29, § 1).

35. — C'est dans le même but qu'on a imaginé la stipulation Aquilienne, due à Aquilius Gallus, collègue et ami de Cicéron. Elle permet de transformer toute espèce de droit en une obligation *verbis* pour l'éteindre *ipso jure* au moyen de l'acceptilation. En voici la formule, rapportée dans la loi 18, § 1, D., *de acceptil.*, 46, 4 :

Quiquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit, præsens, in diemve; quarumque rerum mihi

tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve: quodve tu meum habes, tenes, possides: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius; quod Numerius Negidius Aulo Agerio (promisi), spopondit : id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit : Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit. (Tout ce que, par une cause quelconque, vous devez ou devrez me donner ou faire pour moi, actuellement ou à terme: toute chose pour laquelle j'ai ou j'aurai contre vous action, pétition ou poursuite : toute chose à moi, que vous avez, que vous tenez ou que vous possédez : autant chacune de ces choses vaudra, autant a stipulé Aulus Agérius qu'il lui serait donné en argent, et a promis Numérius Négidius ; ce que Numérius Négidius a répondu avoir promis à Aulus Agérius : Numérius Négidius a demandé à Aulus Agérius s'il le tient pour reçu par lui : Aulus Agérius a fait acceptilation à Numérius Négidius.)

36. — Comme on le voit, cette formule est des plus compréhensives : *Ex quacumque causa* indique toutes les causes génératrices de droits ; *dare facere* se rapporte aux obligations de donner et de faire ; *oportet, oportebit, est, eritve* embrassent le présent et l'avenir ; *præsens, in diemve* est relatif à la modalité du droit ; *actio*, c'est l'action *in personam; petitio*, l'action *in rem ; persecutio,* recours extraordinaire devant le magistrat ; *habes* a trait à la propriété ; *tenes* à la détention ; *possides* à la possession. Ainsi cette formule embrasse non-seulement toutes les obligations sans distinction, mais même les droits réels. Dans celle qu'on lit aux Institutes

de Justinien (3, 29, § 2), on trouve ajouté après *possides : dolove malo fecisti quominus possideas.* Ceci a dû être ajouté depuis le sénatus-consulte Juventien, qui, on le sait, a été rendu sur la proposition d'Hadrien [1].

37. — Ainsi cette stipulation Aquilienne se compose de deux opérations successives. L'une, la stipulation, opère novation; l'autre, l'acceptilation, a éteint l'obligation ainsi créée. Or, tout le monde sait : 1° qu'un droit réel ne peut jamais faire l'objet d'une novation, et 2° qu'à l'époque classique, la novation ne pouvait se faire par changement d'objet. Comment se fait-il alors que ce Gallus, contemporain de Cicéron, ait pu imaginer cette stipulation Aquilienne dont la formule paraît permettre : 1° la novation d'un droit réel, et 2° celle par changement d'objet ?

Cette objection disparaîtra si on se rappelle qu'à Rome, au moins à l'époque classique, toutes condamnations étaient pécuniaires, et si on fait attention aux termes employés dans la formule, qui visent moins les droits mêmes en question, que la condamnation qui pourrait en résulter, s'ils étaient portés en justice ou si l'on attendait jusqu'à la fin du procès (*Quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari*).

38. — Ce moyen paraît avoir été fréquemment employé en matière de transaction, si l'on remarque qu'un grand nombre des textes du titre *de transactionibus* au

[1] V. *infra*, n° 212, note.

Digeste et au Code ont trait à la stipulation Aquilienne (LL. 2; 4; 5; 9, § 2; 15, D., *de trans*; — LL. 3, 4, 15, 32, 40, C., *de trans.*).

Quelle est donc au juste l'utilité de cette stipulation Aquilienne? Elle est utile dans deux cas : 1° Quand on veut éteindre *ipso jure* une action réelle [1]; 2° Lorsqu'on veut réaliser l'extinction *ipso jure* de plusieurs obligations à la fois, et à plus forte raison, quand on veut éteindre un ensemble de droits réels et de créances. En effet, quand on veut éteindre *ipso jure* une prétention sur des droits réels ou sur un ensemble de droits, y compris des droits réels, la stipulation Aquilienne est absolument nécessaire. Quand il s'agit d'éteindre plusieurs obligations, à la rigueur, on pourrait se passer de la stipulation Aquilienne, car on pourrait recourir à autant de novations ordinaires suivies d'acceptilations, qu'il y a d'obligations. Mais il est plus simple d'englober dans la stipulation Aquilienne toutes ces obligations diverses et de les éteindre au moyen d'une seule acceptilation [2].

[1] Quand il s'agit d'éteindre un droit réel, on peut, en outre, employer les modes ordinaires de transmission ou d'extinction, comme la mancipation, l'*in jure cessio*, la tradition. C'est peut-être ce que veulent dire ces mots *dominii translatione* de la loi 35, C., *h. t.* Qu'on ne dise pas que le défendeur se prétend propriétaire ou nie l'existence du droit du demandeur, et que, par conséquent, ces modes de transmission ou d'extinction ne se conçoivent pas; car quand il fait une transaction avec son adversaire, c'est qu'il n'est pas bien sûr de son droit, et en même temps qu'il veut éviter les ennuis du procès, i veut aussi la plupart du temps acquérir la prétention du demandeur. Donc, dans ces modes d'acquisition, il se comportera comme s'il n'était point propriétaire, pendant que son adversaire agira comme étant le véritable propriétaire. Au reste, avant Justinien, la tradition appliquée à une *res mancipi* n'éteignait pas l'action *ipso jure* et ne tendait qu'à faire obtenir l'usucapion ou l'exception *rei traditæ*.

[2] M. Accarias (*Précis de Droit romain*, 3e édition, II, pp. 739

39. — On voit que la stipulation Aquilienne se compose de deux opérations : une novation et une acceptila-

et s.) me semble commettre deux erreurs lorsqu'il prétend : 1° Que les droits, ou quelques-uns d'entre eux tout au moins, qui feraient l'objet d'une stipulation Aquilienne, devraient être toujours des droits litigieux, et 2° qu'il s'agirait toujours de droits non encore déduits *in litem*. Je dis qu'il me semble que ce sont là des erreurs. En effet, d'une part, je ne vois pas pourquoi un droit non litigieux ne pourrait pas faire l'objet d'une stipulation Aquilienne. Le savant auteur s'appuie : 1° Sur la formule d'Aquilius Gallus, qui suppose d'abord les parties en procès, et vise non pas les droits eux-mêmes, mais la condamnation qui pourrait intervenir, et qui surtout comprend ces expressions : *quod tu meum habes*, etc., expressions impliquant que le stipulant prétend être propriétaire d'une chose détenue par le promettant. Mais cet argument est loin d'être concluant ; en effet, les deux textes qui nous rapportent la formule de la stipulation Aquilienne commencent par dire, l'un, L. 18, *de accept.* : *Et uno et pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, vel quibusdam exceptis cæteris, et omnibus ex causis una acceptilatio et liberatio fieri potest. — Ejus rei stipulatio quam acceptilatio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est.....* ; et l'autre, I., 3, 29, § 2 : *Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes*. Ce qui semble vouloir dire que la stipulation Aquilienne s'applique à toutes les obligations, à tous les droits, qu'ils soient litigieux ou non, et il faut remarquer qu'aucun terme des passages que je viens de citer n'implique que les droits soient nécessairement litigieux. Si la formule d'Aquilius Gallus suppose un procès et une condamnation qui interviendrait après, c'est que sans cette supposition, la fiction ingénieuse du fameux jurisconsulte n'aurait point sa raison d'être, cette supposition n'ayant d'ailleurs rien que de naturel, car tout droit est susceptible d'être porté en justice. Quant à l'argument tiré des expressions *quod tu meum habes*, etc., j'y répondrai tout simplement que la formule devant embrasser les droits litigieux aussi bien que les droits non litigieux, devait naturellement contenir des termes qui convinssent aux premiers droits, sans exclure les seconds, sous peine d'être incomplète. 2° Le second argument de M. Accarias consiste à dire que la plupart des textes relatifs à la stipulation Aquilienne se réfèrent expressément à la transaction ou se trouvent sous le titre *de transactionibus*, ce qui prouverait que la stipulation Aquilienne porte toujours sur des droits litigieux, la transaction portant sur cette sorte de droits ; et il cite notamment la loi 5, D., *de trans.*, où Papinien, supposant une stipulation Aquilienne générale, décide qu'elle ne s'applique pas aux *lites*

tion. On se demande maintenant si ces deux parties sont nécessairement inséparables, si on ne peut utiliser ce moyen pour transformer seulement les droits sans les éteindre ensuite par l'acceptilation.

L'affirmative a paru à certains esprits[1] résulter de plusieurs textes (LL. 2 ; 5 ; 9, § 2 ; 15, D, *h. t.* ; — L. 3, C., *h. t.* ; — Paul, *Sent.*, 1, 1, § 3) qui parlent de la stipulation Aquilienne sans parler de l'acceptilation qui la suivrait. Cette opinion me paraît difficile à soutenir. En

auxquelles on n'a pas songé. Cet argument n'est pas plus décisif que le premier. En effet, d'abord, il y a au moins deux textes tout à fait généraux qui ne parlent point de transaction : ce sont la loi 18, D., *de accep.*, et I., 3, 29, § 2. Peut-être la présence de certains textes sous le titre *de transactionibus* au Digeste s'explique-t-elle par cette considération que la stipulation Aquilienne intervenait le plus souvent à titre de transaction (LL. 4, 5, D., *de trans.*). Mais admettons pour un moment que tous les textes sans exception qui sont relatifs à la stipulation Aquilienne se rapportent à la transaction. Cela ne prouverait pas que cette stipulation portât toujours sur un droit litigieux, car tout le monde sait, l'honorable inspecteur général des Facultés de Droit tout le premier, et il admet même plus de ces cas que moi (V. nos 5 et s.), que la transaction ne porte pas toujours sur des droits litigieux. Quant au texte de Papinien (L. 5, *de trans.*), il n'appuie pas du tout l'opinion de M. Accarias, attendu que de ce que les droits auxquels on n'a pas songé au moment de la stipulation Aquilienne sont litigieux, il ne résulte pas que les autres soient aussi litigieux, et qu'alors même que cette supposition serait démontrée, elle prouverait seulement que le jurisconsulte avait principalement traité dans ce passage la stipulation Aquilienne générale portant sur des droits dont quelques-uns au moins étaient litigieux, ce qui arrive presque toujours quand cette stipulation est générale.

D'autre part, et c'est là la seconde erreur de M. Accarias, la stipulation Aquilienne n'intervient pas toujours avant la *deductio in litem*. Elle peut intervenir jusqu'au jugement, et même après le jugement dans certains cas (Cf. nos 3, 16 et suiv.). Ceci est tellement évident que l'auteur lui-même dans sa thèse de doctorat (p. 45) l'admet expressément. Je ne m'attarderai donc pas à réfuter une erreur, déjà réfutée par l'auteur même.

[1] Ortolan, *op. cit.*, 11e édition, III, p. 381.

effet, d'abord, les deux textes fondamentaux, L. 18, § 1, D., *de accept.*, et I., 3, 29, § 2, qui nous donnent la formule de Gallus, nous présentent comme faisant partie de la formule l'acceptilation qui suit la stipulation. Si certains textes que l'on cite ne parlent que de l'acceptilation Aquilienne, cela nous montre seulement que les mots *stipulation Aquilienne* signifiaient non-seulement la stipulation qui avait pour but de nover les droits, signification qu'ils ont dans beaucoup de textes (L. 4, D., *de trans.* ; — L. 18, § 1, D., *de accept.*, 46, 4 ; — LL. 4, 15, 32, 40, C., *de trans.* ; — I., 3, 29, § 1), mais en même temps l'acceptilation qui la suivait. Ce qui le prouve bien, c'est la loi 5, D., *h. t.* Ce texte, que M. Ortolan se garde bien de citer, parle en effet de la stipulation Aquilienne sans parler de l'acceptilation, et vise certainement, à mon sentiment, un cas où l'acceptilation a suivi la stipulation première. En effet, il est question dans ce texte d'une stipulation Aquilienne sur un ensemble de droits, et le jurisconsulte dit que les litiges auxquels on n'a pas songé ne seront pas considérés comme ayant fait partie de cette stipulation, car l'interprétation des prudents s'oppose à une libéralité captieuse (*Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit*). Si la stipulation Aquilienne dont parle la loi 5 n'était pas suivie de l'acceptilation, comment parler de libéralité ? D'ailleurs, quelle utilité aurait cette stipulation Aquilienne non suivie d'acceptilation et qui aurait seulement pour but d'opérer novation ? Comme à l'époque classique, la novation par changement d'objet n'était pas possible, la nouvelle obligation créée par la stipulation était aussi incertaine que le montant de la condamnation à laquelle auraient abouti les droits qu'on

voulait transformer, la formule même le dit clairement, et pour savoir à quelle somme cette obligation montait, le juge devait commencer par examiner toutes les questions qu'on avait voulu enterrer pour jamais. Cela n'est pas pratique. Donc avec la majorité des auteurs, je dirai que la stipulation Aquilienne était toujours suivie de l'acceptilation et qu'elle ne servait qu'à éteindre *ipso jure* un droit réel ou un ensemble de droits [1].

40. — On s'est demandé s'il n'y avait pas un moyen plus simple que la stipulation Aquilienne pour atteindre le même but et on a proposé de stipuler directement la chose que l'on veut avoir en échange de l'abandon que l'on ferait de sa prétention. Par exemple, Primus prétend être créancier de la maison possédée par Secundus : par une transaction, il consent à se contenter d'une somme d'argent et à renoncer complètement à la maison. On a soutenu que Primus, au lieu de recourir à la stipulation Aquilienne, pouvait stipuler directement *novandi animo* la somme d'argent et éteindre ainsi *ipso jure* sa première prétention sur la maison [2].

41. — C'est tout simplement une grosse erreur. On sait aujourd'hui, et l'éminent auteur que j'ai cité en premier lieu dans la note précédente, enseignera, comme les autres, quand il écrira plus tard son traité justement apprécié, qu'à l'époque classique au moins, la novation

[1] M. Jaubert, dans sa thèse (pp. 24 et suiv.), ne paraît pas avoir compris le mécanisme de la stipulation Aquilienne, lorsqu'il prétend qu'on peut stipuler de cette façon une somme déterminée.

[2] Thèses de M. Accarias, pp. 24 et 25 ; de M. Jaubert, pp. 27 et 28.

par changement d'objet n'était pas possible. Je ne prendrai pas la peine d'exposer tous les arguments de cette solution, qui est généralement admise aujourd'hui [1]. Je me contenterai seulement de citer les principaux textes sur lesquels on peut appuyer cette solution, ce sont : LL. 56, § 7, 58, 83, § 7, 91, D., *de verb. obl.*, 45, 1 ; LL. 1, pr. ; 4, D., *de novat.*, 46, 2 ; Gaïus, III, §§ 176 à 179. Ces textes prouvent d'une manière à peu près certaine que la novation proprement dite n'existait pas à l'époque classique quand on changeait l'objet et qu'elle conférait seulement au débiteur une exception de dol ou de pacte.

Cette règle rigoureuse et peu commode paraît avoir été adoucie avec le temps, et déjà Papinien (L. 28, D., *de nov.*, 46, 2) semble avoir admis qu'on pouvait nover en stipulant, au lieu de la chose elle-même, la valeur de cette chose. Enfin Justinien est allé jusqu'à permettre l'augmentation et la diminution de la quantité due (L. 8, C., *de nov.*, 8, 42,) ; et les uns [2] soutiennent que cet empereur est allé même jusqu'à admettre la novation par changement d'objet d'une manière générale ; les autres [3] admettent qu'il n'a pas été jusque-là et que la novation par changement complet d'objet n'opérait qu'*exceptionis ope*, même au temps de Justinien.

42. – Quoi qu'on décide de cette petite controverse, que je n'ai pas le temps de traiter dans ce modeste tra-

[1] Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, pp. 701 et 702 ; Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, p. 149 ; Ortolan, *op. cit.*, 11e édition, III, p. 386.

[2] Accarias, *op. cit.*, II, p. 712.

[3] Appleton, *op. cit.*, II, p. 150.

vail, il n'est pas douteux que le principe de l'époque classique n'ait reçu une brèche considérable sous Justinien. Mais il n'est pas douteux non plus qu'à l'époque classique, ce principe n'existât. Donc on ne pouvait pas, à l'époque classique au moins, recourir à une novation pour éteindre *ipso jure* l'ancien droit qui était litigieux, et créer en même temps un droit nouveau qui devait le remplacer. C'est peut-être ce qui explique la loi 2, D., *h. t.*, qui dit que la transaction peut se faire soit par la stipulation Aquilienne, soit par un pacte. Mais il ne faudrait pas en conclure qu'il n'y aurait que ces deux moyens pour faire la transaction, car nous avons vu (n° 34) qu'on pouvait faire la transaction au moyen d'une stipulation novatoire suivie d'une acceptilation, moyennant une prestation du prétendu débiteur.

43. — Nous disions qu'un simple pacte n'éteint *ipso jure* que des obligations résultant d'un autre pacte (n^os^ 32 et 33). C'est là le principe : voici des exceptions.

1° Les actions *furti* et *injuriarum* s'éteignent *ipso jure* par un simple pacte (L. 17, § 1, D., *de pactis*, 2, 14) ;

2° Les obligations naturelles s'éteignent aussi *ipso jure* par un simple pacte (L. 95, § 4, D., *de solut.*, 46, 3) ; mais un pacte qui interviendrait *transactionis causa* pour éteindre une obligation naturelle n'est guère pratique que quand il y a des actions qui garantissent indirectement cette obligation, comme une hypothèque, une fidéjussion, un pacte de constitut (V. n° 18).

44. — Sauf ces exceptions et les procédés dont nous avons parlé ci-dessus et suivant lesquels on peut toujours

arriver à éteindre *ipso jure* une obligation ou un droit quelconque, l'acceptilation appliquée à une obligation résultant d'une autre cause qu'un contrat *verbis* ou un simple pacte, et le pacte intervenu pour éteindre une obligation qui ne résulte pas d'un autre pacte, ne produisent leur effet qu'*exceptionis ope*. Donc, si le prétendu créancier s'avise de poursuivre sa contre-partie, celle-ci peut repousser cette demande au moyen d'une exception de pacte ou de dol, à la condition que, de son côté, elle ait exécuté la transaction (L. 24, C., *de trans.*) ou fait une promesse proprement dite (L. 122, § 5, D., *de verb. obl.*, 45, 1), car autrement son exception serait brisée par une réplique de dol (L. 28, C., *de trans.*) [1]. Mais si elle néglige, pour une cause ou pour une autre, d'opposer cette exception, elle peut être condamnée. Bien entendu, si elle a déjà exécuté la transaction et que cette

[1] On peut se demander si, dans ce cas, la condamnation sera égale au bénéfice intégral de l'action ou seulement au montant convenu dans la transaction. A notre sentiment, le demandeur n'obtiendra que le montant convenu dans la transaction. Cette solution nous paraît formellement résulter de la loi 36, C., *de trans.*; elle nous paraît aussi implicitement résulter de la loi 28 du même titre, où il est dit que la *replicatio doli mali* ou *in factum*, opposée à l'exception de pacte, a pour effet de forcer le défendeur à exécuter la convention (*Si exceptio pacti opposita fuerit, doli mali vel in factum replicatione usa, poteris* AD OBSEQUIUM PLACITORUM *adversarium tuum urgere*). En effet, l'exception n'a pas toujours pour effet de débouter le demandeur : elle a aussi quelquefois pour effet de réduire la condamnation (L. 22, pr., D., *de except.*, 44, 1). Or tout le monde sait que les règles des exceptions s'appliquent aussi aux répliques ; donc la réplique n'aura pas toujours pour effet d'exclure l'exception du défendeur, mais aussi quelquefois de réduire l'effet de cette exception jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ici jusqu'à concurrence de la somme promise dans la transaction. Autrement la réplique de dol qui a pour but de rétablir l'équité, à laquelle l'exception de pacte, si elle était simplement admise, porterait atteinte, conduirait à une autre iniquité, celle d'anéantir complètement la transaction.

exécution consistât en une dation, elle peut répéter ce qu'elle a donné par la *condictio causa data causa non secuta* (L. 23, pr., D., *de cond. ind.*, 12, 6)[1]. Les parties peuvent d'ailleurs effacer le premier pacte, — et l'acceptilation n'a que cette vertu quand elle s'applique à une obligation non *verbis*, — par un autre pacte et se replacer à la même situation qu'avant la convention de transaction (L. 27, § 2, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 14, C., *de trans.*). Nous verrons d'ailleurs à la fin de notre étude comment on peut résoudre une transaction valablement consentie.

II. — CONSÉCRATION DE LA PRÉTENTION OBJET DE TRANSACTION

45. — On comprend que ce procédé fût plus usité en matière de droits réels qu'en matière de droits de créance.

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 41) et M. Dumas (*Thèse*, pp. 76 et 77) accordent dans le même but l'action *præscriptis verbis* au défendeur qui aura exécuté, que cette exécution consistât en une dation ou en un fait. Cette solution me paraît contestable. Quel est le but de l'action *præscriptis verbis*? C'est de faire exécuter son obligation à celle des parties qui n'exécute pas encore. Ici le but serait tout autre : cette obligation de ne pas poursuivre n'a pas été observée, le demandeur a poursuivi et obtenu la sentence, favorable ou défavorable, sans la protestation de l'autre partie; il ne s'agit donc maintenant que de faire restituer par ce demandeur qui a enfreint la convention, ce qu'il avait reçu de son adversaire. Donc l'action *præscriptis verbis* est impossible. Dans le cas où l'exécution consistait en une dation, j'ai dit qu'il y a lieu à *condictio causa data causa non secuta*. Mais dans le cas où l'exécution ne consistait qu'en un fait, si le défendeur n'a pas opposé exprès l'exception de transaction, il n'aura aucun moyen de revenir sur son exécution. S'il a omis d'opposer cette exception par ignorance, ce qui arrive à un héritier par exemple, et que l'autre partie ait agi de mauvaise foi, il aura l'action de dol. Mais si l'autre partie elle-même a agi de bonne foi, peut-être le préteur accordait-il, suivant les circonstances, une action *in factum*, ou même la *restitutio in integrum ob errorem justum*, surtout quand ce fait consistait en un acte juridique comme l'acceptilation ou la péremption d'instance.

Ainsi, nous ne trouvons aucun texte qui parle d'une transaction faite par la consécration entière de la prétendue créance du demandeur, tandis que nous avons la loi 9, C., *de trans.*, qui suppose que le possesseur abandonne sa possession au demandeur en revendication.

Parlons donc d'abord de l'hypothèse d'un droit réel. Ici il y a, à mon avis, trois manières de procéder :

1° On peut employer les modes ordinaires de translation ou d'extinction. Ainsi, si l'action réelle dont il s'agit est la revendication ou la Publicienne, le défendeur fera la tradition, la mancipation ou l'*in jure cessio*. S'il s'agit d'une action confessoire, le défendeur recourra à la quasi-tradition, à l'*in jure cessio*, ou à la mancipation, dans l'hypothèse d'une servitude réelle rustique. Enfin, si l'on suppose une action négatoire, le défendeur abandonnera sa prétention par la *cessio in jure*. Dans ces différents cas, le droit du défendeur sera éteint *ipso jure*, si on recourt à la mancipation, à l'*in jure cessio*, ou même à la tradition, dans le cas où il s'agit de *res nec mancipi*. Dans les autres cas, c'est-à-dire quand on fera la tradition d'une *res mancipi* ou la quasi-tradition d'une servitude, elles n'éteindront le droit du défendeur qu'*exceptionis ope*, jusqu'à ce que le demandeur ait le temps d'usucaper ou de prescrire [1].

46. — 2° On peut recourir à la stipulation. Le demandeur stipulera en effet que son adversaire lui restitue sa chose. C'est l'hypothèse prévue par la loi 9. Je néglige pour le moment les détails encombrants de ce

[1] Nous verrons en effet plus tard, en parlant des effets de la transaction, que la transaction sert de juste cause d'usucapion, même pour la chose litigieuse.

texte. Si le possesseur restitue la chose, c'est très bien : le demandeur n'a qu'à exécuter son obligation de son côté, si ce n'est pas chose faite. Mais, si le possesseur ne restitue pas, le demandeur a le choix entre deux actions : ou bien son ancienne action, ou bien l'action *ex stipulatu;* et il choisira presque toujours la dernière, qui est la plus avantageuse, attendu qu'elle ne demande qu'une seule preuve : celle de la stipulation.

3° Enfin, on peut se contenter d'un simple pacte. Alors, si le possesseur ne restitue pas la chose, le demandeur qui aura exécuté son obligation pourra ou reprendre son ancienne action, ou intenter l'action *præscriptis verbis*, résultant du contrat innommé *do ut facias* ou *facio ut facias* [1]. Et, par une raison analogue à celle du cas précédent, ce sera presque toujours la dernière action que le demandeur optera.

47. — Supposons maintenant que le demandeur prétende avoir, au lieu d'un droit réel, un droit de créance. A-t-il stipulé ? il aura l'action *ex stipulatu*. Il a aussi l'ancienne action, mais elle lui est moins avantageuse que la première, pour la même raison que dans l'hypothèse précédente.

Le demandeur s'est-il contenté d'un simple pacte? il aura toujours son ancienne action. Mais, s'il exécute la transaction de son côté, il aura l'action *præscriptis verbis*, bien plus avantageuse que l'autre, comme nous l'avons dit au numéro précédent.

[1] Nous exposerons dans la section suivante la théorie générale des contrats innommés.

§ II. — DU DROIT DÉDUIT *in judicium*

48. — Il faut distinguer ici encore entre le cas où le demandeur renonce à tout ou partie de sa prétention et le cas où il voit sa prétention consacrée tout entière moyennant une prestation de sa part.

En nous plaçant d'abord au premier cas, nous avons encore à nous demander si l'instance qui est pendante est périmée ou non. Si elle n'est pas périmée, voici la règle qu'il faut poser : le demandeur peut poursuivre l'instance jusqu'à la condamnation. Voilà la règle en droit strict. Cette règle doit être adoucie par les tempéraments suivants.

49. — 1° Si le défendeur exécute son obligation avant la condamnation, il sera protégé, avec la distinction que voici :

Si l'action est de bonne foi ou arbitraire, il ne sera pas condamné, car dans le premier cas, le juge se demandera, avant de condamner le défendeur, s'il est juste et équitable de le condamner, et se dira certainement non, lorsque le défendeur, qui a fait une transaction avec son adversaire et qui l'a exécutée en ce qui le concerne, continue à être poursuivi par le demandeur, qui a renoncé à sa prétention moyennant cette prestation ; dans le second cas, le *jussus* du juge n'aurait plus sa raison d'être, le défendeur ayant volontairement donné satisfaction au demandeur, et la condition exprimée par cette incidente de la formule : *Nisi restituat*, n'étant pas réalisée, le juge ne pourra pas condamner.

50. — Dans les autres actions, la question de savoir

si la satisfaction donnée par le défendeur au demandeur après la *litis contestatio*, mais avant la condamnation, avait pour effet de faire absoudre le défendeur, divisait les jurisconsultes. Les Proculiens disaient que ce dernier devait être toujours condamné, mais qu'il avait deux moyens à son choix pour ne pas donner deux fois satisfaction à son adversaire : ou payer la condamnation et répéter ce qu'il a donné par une *condictio causa data causa non secuta*, ou attendre que son adversaire intente contre lui l'action *judicati* et lui opposer l'*exceptio doli mali*. Les Sabiniens prétendaient, au contraire, qu'il devait être absous, par cela seul qu'il avait donné satisfaction au demandeur, ce qu'on exprimait en disant : *Omnia judicia absolutoria sunt.*

C'est cette dernière opinion qui a fini par prévaloir. Mais, au temps d'Ulpien et de Paul, elle était encore loin d'être unanimement admise (L. 23, § 3, D., *de condict. ind.*, 12, 6 ; — L. 84, D., *de verb. obl.*, 45, 1).

51. — Voilà, à mon avis, l'explication de ce texte obscur d'Ulpien (L. 23, § 3, D., *de condict. ind.*, 12, 6), dont je vais donner la traduction : « Si celui qui a transigé vient néanmoins à être condamné, il y a là sans doute un dol, et pourtant la sentence est valable. Mais, s'il a transigé avant la *litis contestatio*, il a pu opposer l'exception de dol à celui qui voulait faire la *litis contestatio* ; si, au contraire, la transaction est intervenue après la *litis contestatio*, il pourrait néanmoins se prévaloir de l'exception du dol postérieur : car celui-là commet un dol, qui, agissant contre la transaction, continue à réclamer ; et par conséquent, le défendeur condamné peut répéter ce qu'il a donné en exécution de la transaction. Sans doute, il a donné en vue d'une cause, et on

ne répète pas généralement ce qu'on a donné en vue d'une cause, si la cause est réalisée ; mais, ici, la cause n'est pas réputée réalisée, puisque la transaction n'est pas observée. Lors donc que l'action en répétition naît, l'exception de transaction n'a pas lieu : car on ne peut pas cumuler les deux : et la répétition et l'exception. »

52. — Ce texte si obscur et quelque peu incohérent n'a pas manqué de soulever des difficultés. On convient facilement tout d'abord que, d'après ce texte, la transaction intervenue après la *litis contestatio* n'a pas pour effet d'éteindre *ipso jure* l'action du demandeur. On convient également que si la transaction est intervenue avant la *litis contestatio*, le défendeur peut opposer l'exception de dol ou de transaction, en supposant bien entendu que la transaction reste à l'état d'un simple pacte, ce qui est le cas le plus ordinaire. Mais, là où la difficulté commence, c'est quand la transaction a été passée après la *litis contestatio*. Le texte, tel qu'il est rapporté par les compilateurs du Digeste, dit que, dans ce cas comme dans le cas précédent, le défendeur peut opposer l'exception de dol. D'où l'on a conclu (M. Bonjean, *Traité des Actions*, § 311) que lorsqu'il se produit, après la *litis contestatio*, un fait qui, en le supposant antérieur, aurait donné lieu à l'insertion d'une exception, le juge peut, dans tous les cas, et malgré le silence de la formule, en tenir compte.

53. — Cette opinion, qui ne s'appuie que sur notre texte, ne nous paraît guère soutenable. Il nous semble plutôt que ce texte a été altéré par les compilateurs de Justinien. Dans le texte primitif, Ulpien disait probable-

ment que le défendeur pouvait opposer l'exception de dol à l'action *judicati* que le demandeur intenterait contre lui. Mais, comme, sous Justinien, toutes les exceptions péremptoires, et l'exception de dol en était une, pouvaient être opposées en tout état de cause, les compilateurs ont corrigé sans doute le texte d'Ulpien, mais ils l'ont corrigé assez maladroitement pour que nous puissions dire qu'il y a certainement altération, à la seule lecture du texte de la loi 23, § 3, *de cond. ind.* En effet, Ulpien paraît faire antithèse entre le cas où la transaction est intervenue avant la *litis contestatio* et celui où elle est intervenne après. Or qu'est-ce que nous lisons dans la loi 23, § 3 ? Nous lisons : « Si le défendeur a transigé avant la *litis contestatio*, il peut opposer l'exception de dol; si, au contraire, la transaction est intervenue après la *litis contestatio*, il peut néanmoins se prévaloir de l'exception de dol. » Croirait-on qu'Ulpien eût employé une circonlocution si ridicule et même incohérente ? Il aurait dit par exemple : « Le défendeur peut opposer l'exception de dol, soit que la transaction soit intervenue avant la *litis contestatio*, soit qu'elle le soit après. » Il est donc visible que les compilateurs ont retranché les mots qui indiquaient qu'il s'agissait, dans le second cas, de l'exception de dol opposée à l'action *judicati*, s'ils n'ont pas fait une altération plus radicale. Cette conjecture devient de plus en plus probable, si l'on fait attention à la fin du texte, qui dit : « Lorsque l'action en répétition naît, l'exception de transaction n'a pas lieu. » S'il s'agissait là de l'exception de transaction opposée avant la condamnation, on aurait renversé la phrase et dit à peu près : « Si l'exception de transaction a été opposée, la répétition n'a pas

lieu; » car il serait, dans ce cas, beaucoup plus naturel d'opposer l'exception de transaction pour échapper à la condamnation que de répéter ce qu'on a payé pour se laisser condamner ensuite.

54. — D'après ce que nous venons de voir, Ulpien n'admettait pas la maxime sabinienne : *Omnia judicia absolutoria sunt*, et se rangeait plutôt du côté de la doctrine proculienne. Il décidait ainsi que le défendeur qui a exécuté la transaction ne peut pas échapper à la condamnation, mais qu'il a le choix entre deux partis : répéter ce qu'il a donné ou opposer l'exception de dol ou de transaction à l'action *judicati* intentée par l'autre partie.

Mais les compilateurs du Digeste ont commis une insigne maladresse, en nous donnant le texte d'Ulpien avec l'altération que nous avons vue. En effet, ce texte n'est pas seulement ridicule quant à la forme, il est inexact, sous Justinien, quant au fond (*sic*). Voici pourquoi : sous cet empereur, c'était la maxime sabinienne qui avait prévalu (I., 4, 12, § 2) ; par conséquent, le défendeur qui aurait exécuté la transaction avant la condamnation devrait être absous, sans avoir à opposer l'exception de dol.

55. — 2° Supposons que le défendeur n'exécute pas la transaction avant la condamnation. S'il est intervenu une stipulation au profit du demandeur, celui-ci aura acquis une action *ex stipulatu*, qui sera considérée comme une satisfaction suffisante, donnée par le défendeur, pour qu'il y ait application de la règle sabinienne ; donc ce dernier sera absous, d'après la règle sabinienne du moins, quelle que soit la nature de l'action pendante [1].

[1] M. Accarias, dans sa thèse mainte fois citée (pp. 52 et 53), prétend

Si l'on suppose maintenant que la transaction, que le défendeur n'exécute pas avant la condamnation, ait été faite par un simple pacte, il n'y a rien alors qui puisse empêcher la condamnation au montant intégral de la demande.

56. — Si l'action à laquelle le demandeur a renoncé par la transaction est périmée, il faut distinguer suivant que l'extinction de l'action a eu lieu *ipso jure* ou non. Dans le premier cas, le demandeur ne peut plus reprendre son ancienne action, mais il a l'action *præscriptis verbis*, résultant du contrat innommé *facio ut des* ou *facio ut facias*, contre le défendeur qui n'exécutera pas[1]. Dans le cas où l'action n'est éteinte qu'*exceptionis ope*, le demandeur peut intenter de nouveau son action et briser par la réplique de transaction ou de dol, l'exception *rei in judicium deductæ* qu'on peut lui opposer, à moins qu'il n'acquière l'action *ex stipulatu*, auquel cas son ancienne action sera repoussée par l'exception *parti conventi* (L. 122, § 5, D., *de verb. obl.*, 45, 1.).

que le défendeur peut invoquer la règle : *Omnia judicia absolutoria sunt*, si le demandeur avait acquis l'action *præscriptis verbis*. Cette proposition est incompréhensible pour moi. En effet, pour qu'on puisse acquérir l'action *præscriptis verbis*, il faut qu'on commence par exécuter son obligation, en faisant une dation, une promesse proprement dite, etc. etc. Ici quelle est l'obligation du demandeur? C'est de renoncer à son action, et pour que cette obligation puisse être censée exécutée, il faut que notre demandeur perde son action. Il faudrait supposer, pour cela, que l'instance soit perimée, et c'est le contraire que l'on suppose dans le passage cité. Bien mieux, on suppose que le défendeur invoque la maxime sabinienne : c'est donc que le demandeur, loin d'exécuter son obligation qui est de ne pas poursuivre son adversaire, le poursuit jusqu'à la condamnation. Comment veut-on alors que le demandeur acquière l'action *præscriptis verbis ?*

[1] C'est, ce me semble, l'hypothèse de la loi 35, C., *h. t. Cf.* nº 26, note.

Il faut assimiler au cas où l'action périmée s'est éteinte *ipso jure*, celui où le demandeur a fait acceptilation et éteint son action *ipso jure*. C'est probablement cette hypothèse que vise la loi 33, C., *h. t.* Voici ce que suppose cette loi : Primus prétend être propriétaire d'un fonds, que possède Secundus ; une transaction intervient et Primus abandonne sa prétention, moyennant quoi Secundus s'engage à lui donner un immeuble déterminé, qu'il prétend libre. On découvre après que l'immeuble est hypothéqué ou appartient à autrui pour partie. Les empereurs Dioclétien et Maximien décident que les principes interdisent de reprendre l'action éteinte par la transaction. Mais il ajoute que Primus pourra intenter l'action *ex stipulatu*, si une stipulation est intervenue, ou l'action *præscriptis verbis*, dans le cas contraire. Je dis que ce texte suppose qu'il y a eu *litis contestatio*, car le mot *petebas* employé au commencementde ce texte, a cette signification, d'après un texte de Paul (L. 15, D., *ratam rem haberi*, 46, 8). Cette *litis contestatio* n'a certainement pas pu éteindre l'action *ipso jure*, puisqu'il s'agit d'une action réelle. Et cependant, les empereurs disent que le demandeur ne peut pas reprendre son action ancienne. Quelle est donc la circonstance qui a éteint cette action ? Il y a deux hypothèses possibles : on peut supposer d'abord, et c'est là la supposition de Doneau (*Ad tit. de trans.*, C.), que le demandeur ait transféré la propriété au défendeur. Mais je préfère l'autre supposition, de M. Accarias (*Thèse*, p. 47), d'après laquelle on aurait recouru à la stipulation Aquilienne suivie de l'acceptilation : la phrase *Instaurari decisam litem prohibent jura*, rend cette dernière supposition plus vraisemblable.

57. — Passons maintenant à l'hypothèse où la prétention du demandeur est entièrement consacrée, moyennant une prestation qu'il promet à l'autre partie. Si l'action n'est pas périmée, le demandeur peut toujours obtenir la condamnation. Mais, en supposant qu'il ait exécuté son obligation, il pourra, s'il le préfère, — et il le préférera presque toujours, car il lui suffira alors de prouver la transaction et son exécution, — intenter l'action *præscriptis verbis*.

Si l'action est périmée, qu'elle soit éteinte *ipso jure* ou non, le demandeur pourra toujours intenter l'action *præscriptis verbis*, en exécutant la transaction de son côté. Mais, si l'ancienne action est éteinte *exceptionis ope*, il pourra l'intenter de préférence et il brisera alors par la réplique de dol ou de transaction l'exception *rei in judicium deductæ* que lui opposera son adversaire.

SECTION II

DU DROIT NOUVEAU QU'ON VEUT CRÉER PAR LA TRANSACTION

58. — Cette étude n'a pas sa raison d'être, dans le cas où la transaction se fait par l'abandon partiel des prétentions des deux parties, sans qu'aucune d'elles soit obligée de faire aucune prestation spéciale. Mais cette hypothèse ne doit pas être des plus fréquentes, et il arrive souvent que l'une des parties s'oblige à faire à l'autre une prestation quelconque. Étudions donc quel sera le sort du droit ainsi créé.

Lorsqu'on exécute immédiatement ce à quoi on s'oblige, il n'y a pas de question. Mais, lorsque l'exécution n'a pas suivi immédiatement la convention, la question se pose de savoir quel sera le moyen de coercition dont jouira le créancier.

Quand le créancier, c'est-à-dire celui qui a abandonné tout ou partie de sa prétention, moyennant un engagement de l'autre partie, a eu soin de stipuler, il a l'action *ex stipulatu*. Si son action primitive n'est pas éteinte *ipso jure*, il peut aussi intenter cette action, briser par la *replicatio doli*, l'exception de transaction que peut lui opposer son adversaire, et obtenir la condamnation égale au montant de la stipulation [1]. Mais cette dernière voie n'est pas pratique, alors que le demandeur a à sa disposition l'action *ex stipulatu*.

59. — Lorsque les parties se sont contentées d'un simple pacte, il faut se demander si l'abandon de la prétention du demandeur ou du défendeur [2] constitue ou non un élément suffisant pour engendrer un contrat innommé. Cet élément peut être une dation ou un *factum*. La dation est la translation d'un droit réel civil. Tous les autres actes, positifs ou négatifs [3], juridiques ou non, sont en principe des *facta* suffisants pour créer un con-

[1] *Cf.* n° 44, première note.

[2] C'est généralement le demandeur qui abandonne totalement ou partiellement sa prétention, moyennant un engagement de l'autre partie. Mais nous avons vu dans la section précédente qu'il arrive quelquefois que c'est le défendeur qui abandonne sa prétention et reconnaît ainsi le droit du demandeur, moyennant un engagement de celui-ci.

[3] Nous trouvons un exemple du fait négatif engendrant un contrat innommé dans la loi 6, C., *de trans.*, que nous expliquerons plus loin.

trat innommé. Mais un simple pacte n'est pas généralement considéré comme un *factum* à notre point de vue, car *ex nudo pacto actio non nascitur* (L. 6, D., *de pact.*, 2, 14). Par exception, quand il éteint *ipso jure* le droit litigieux (V. n[os] 32, 2°, et 43), il constitue un véritable *factum*. Voilà du moins notre avis.

Cet avis n'est pas partagé par tout le monde. Ainsi M. Accarias [1] fait une démarcation entre les faits juridiques et les faits non juridiques qu'il appelle *naturels*. Pour les faits de cette dernière catégorie, il admet comme nous qu'ils constituent des *facta* suffisants pour former un contrat innommé. Mais, pour les faits juridiques, il fait une sous-distinction : « Atteignent-ils directement le but qu'ils se proposent, produisent-ils immédiatement et par eux-mêmes un effet définitif et irrévocable, » ils donnent naissance à un contrat innommé ; « l'action n'est-elle pas éteinte de plein droit, » il n'y a pas un fait constituant un contrat innommé [2].

L'auteur que nous combattons en tire les conséquences suivantes :

1° La tradition d'une *res mancipi* faite *a domino* ne constituerait pas un fait suffisant pour créer un contrat innommé, parce que, dit-il, le *tradens* reste armé *ipso jure* d'une action en revendication [3]. L'auteur semble s'appuyer sur la loi 4, C., *de dolo malo*, 2, 21, qui, dans l'hypothèse où Primus a affranchi ou livré à Secundus son *ancilla*, pour que celui-ci lui donne un esclave, décide que si Secundus n'exécute pas la convention et

[1] *Théorie des Contrats innommés*, pp. 21 et suiv.; *Thèse*, pp. 36, 47 et 53.

[2] *Théorie des Contrats innommés*, p. 21.

[3] *Op. cit.*, p. 22.

que la propriété de l'*ancilla* reste encore à Primus, ce dernier pourra revendiquer cette *ancilla*. Mais nous croyons que si ce texte permet la revendication, cela ne prouve pas du tout que la tradition d'une *res mancipi* ne suffit pas pour constituer un *factum*, au point de vue des contrats innommés, attendu que le texte, comme le dit fort bien l'auteur même que nous combattons[1], n'admet point l'existence d'un contrat innommé dans un *negotium facio ut des*, et que, d'autre part, il accorde une action de dol aussi bien quand on a affranchi l'*ancilla*, cas où il y a un *factum* même pour M. Accarias, que quand on en a fait tradition.

2° L'acceptilation d'une créance conditionnelle ne serait pas considérée comme un *factum*, si, après l'acceptilation, la condition vient à défaillir[2]. Nous combattrons cette idée plus loin.

En somme, la distinction que le savant romaniste veut établir entre les faits juridiques produisant un effet irrévocable et ceux qui ne produisent pas cet effet, ne se fonde sur aucun texte, ni sur aucun principe du droit romain. Et il nous semble que nous autres interprètes du droit romain n'avons pas le droit d'établir arbitrairement une distinction qui n'existait pas à Rome[3].

[1] *Op. cit.*, p. 19, note 1 ; p. 44.

[2] *Thèse*, p. 36.

[3] M. Accarias, en traitant des *negotia do ut des* et *do ut facias*, nous dit que « si la chose que je vous ai livrée n'était pas mienne, le contrat n'a pas pu se former, » et que, « encore que la chose livrée fût bien mienne, si elle est *res mancipi* et que je ne vous l'aie ni mancipée ni cédée *in jure*, le contrat fort probablement ne s'est pas formé non plus (*Théorie des Contrats innommés*, p. 19). » Il s'appuie sur la loi 1, § 3, D., *de rer. permut.*, 19, 4, pour la première proposition, et pour la seconde, sur la loi 4, C., *de dolo malo*, que nous venons de citer. Ces propositions sont strictement exactes, quand les parties ont voulu faire et recevoir une dation, car bien qu'il y ait là un

60. — Donc, disons-nous, quand il y a une dation ou un fait réalisé par l'une des parties, il se forme en sa faveur un contrat innommé, qui donne lieu à l'action *præscriptis verbis*, du moins dans le dernier état du droit romain. Sans vouloir entrer dans les détails de cette question extrêmement scabreuse, il nous semble cependant nécessaire de donner ici une esquisse de la théorie des contrats innommés.

Pendant longtemps, cette question des contrats innomés divisait les jurisconsultes romains. Les Sabiniens admettaient généralement qu'il fallait accorder l'action d'un contrat déjà reconnu, dans le cas où le *negocium* présentait quelque analogie avec ce contrat, et l'action de dol dans le cas contraire. Les Proculiens, au contraire, accordaient plus volontiers dans tous les cas l'action *præscriptis verbis* [1], qu'on accordait déjà, au

factum, ce que les parties ont voulu était une dation, et le *factum*, qu'elles n'ont pas voulu, ne pouvait pas former un contrat. Mais les propositions cessent d'être exactes, si l'on suppose que les parties ont voulu faire et recevoir seulement la tradition d'une chose qu'elles savaient, ou elles s'en doutaient, appartenir à un tiers, ou qu'elles ont voulu se contenter de la tradition d'une *res mancipi*. Ici il n'y a pas contrat *do ut des* ou *do ut facias*, il y a contrat *facio ut des* ou *facio ut facias*. Quant aux textes que l'on cite, le premier (L. 1, § 3, D., *de rer permut.*, 19, 4) nous dit simplement qu'il n'y a pas échange dans l'hypothèse; le second (L. 4, C., *de dolo malo*, 2, 21), nous l'avons expliqué au texte : nous n'y revenons donc pas.

[1] Cette dénomination d'*actio præscriptis verbis* n'était probablement pas adoptée dès le début. Mais c'était une action civile dont la formule commençait par la *præscriptio* des faits (*verba præscripta*). Maynz soutient que c'était une *condictio* (*Cours de Droit romain*, 4e édit., II, pp. 330 et suiv.). Gradenwitz conjecture que c'était une action *in factum civilis* (*Interpolationen in den Pandekten*, pp. 123 et suiv. : *Actio præscriptis verbis*). Je pencherais du côté de la première opinion. Toutefois, Maynz enseigne que l'action *præscriptis verbis* était toujours une *condictio*, que le nom d'*actio præscriptis verbis* était admis dès le début, et que cette action était une *condictio*, même dans le dernier état du droit. Je ne pourrais suivre

moins depuis Labéon, dans le cas où il y avait certainement un contrat civil, mais sur la qualification duquel il y avait des doutes. C'est cette dernière opinion qui a prévalu ; mais il y eut dans cette matière comme dans la plupart des autres, des tâtonnements pendant un temps assez long, et ce n'est que dans le dernier état du droit romain que l'action *præscriptis verbis* fut définitivement admise dans tous les cas. C'est ce qui explique la divergence des textes du Digeste et du Code.

61. — D'un côté, nous voyons les lois 7, §2, D., *de pact.*, 2, 14; 15 et 22 [1], D., *de præscr. verbis*, 19, 5, et 6, C., *de trans.*, qui paraissent accorder l'action *præscriptis verbis* dans tous les cas. De l'autre, nous avons les lois 5, § 3 [2]; 15, *in fine* ; 16, § 1, D., *de præscr. verb.*, 19, 5; 4, C., *de dolo malo*, 2, 21 ; d'après lesquelles il semblerait que, pour une certaine catégorie de contrats innommés au moins, on accordât l'action de dol ou l'action *in factum*, et non l'action *præscriptis verbis*. Précisons davantage.

l'éminent romaniste belge jusqu'à ce point. Mais j'admettrais volontiers que l'action qu'on appelait *præscriptis verbis* dans le dernier état du droit, était une *condictio* au début et finit par constituer une action nouvelle de bonne foi.

[1] L. 22, D., *de præsc. verb.*, 19, 5 (Gaius, lib. 10, ad Edictum provinciale): *Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio : si vero mercede data, aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio, in factum dandum esse judicium, id est, præscriptis verbis.*

[2] L. 5, § 3, *eodem* (Paulus, lib. 5 Quæstionum) : *Quod* SI FACIAM, UT DES, *et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*

Il y a quatre catégories de contrats innommés: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias* et *facio ut des*. De ces quatre catégories, les deux premières ne faisaient pas de doute à Paul, qui accordait sans hésitation l'action *præscriptis verbis* pour les sanctionner. La troisième, *facio ut facias*, faisait un peu de difficulté, mais le jurisconsulte finit par la sanctionner aussi au moyen de la même action. Mais le *negotium facio ut des* ne lui paraissait pas de nature à être protégé par l'action *præscriptis verbis*. C'est ce qui résulte clairement de la loi 5, *de præscr. verb.* Nous allons maintenant rechercher la raison de cette distinction.

62. — Le *negotium do ut des* a une ressemblance manifeste avec la vente et le *negotium do ut facias* avec le louage. Aussi les Sabiniens donnaient-ils généralement, dans ces deux cas, les actions utiles de vente et de louage. Mais certains d'entre eux, comme Pomponius [1] (L. 18, § 2, D., *famil. ercisc.*, 10, 2; — L. 16, pr., D., *de præsc. verb.*, 19, 5), admettaient plutôt l'action *præscriptis verbis*, conformément à l'opinion proculienne. Quant au *negotium facio ut facias*, sa ressemblance avec le mandat n'est plus aussi complète. Aussi les Sabiniens paraissaient-ils hésiter entre l'action *mandati* et l'action *in factum*. Pomponius cependant (L. 9, § 3, D., *de dolo malo*, 4, 3) admettait ici comme dans les deux premiers cas, l'action *præscriptis verbis*. Enfin le *negotium facio ut des* ne paraissait pas même à Pomponius (L. 16, § 1, D., *de præsc. verbis*, 19, 5) de nature à être sanctionné par l'ac-

[1] Il faut noter que Pomponius est souvent Proculien (L. 15, D., *de Publ.*, 6, 2; — L. 21, pr., D., *de adq. rer. dom.*, 41, 1; — L. 19, D., *de solut.*, 46, 3).

tion *præscriptis verbis;* il n'y voyait même pas un contrat, et il accordait seulement l'action *de dolo*[1]. Deux autres Sabiniens, Julien (L. 7, § 2, D., *de pactis*, 2, 14; — L. 5, § 2, *in fine*, D., *de præsc. verbis*, 19, 5 [2]) et Gaius (III, § 143; — L. 22, D., *de præscrip. verbis*, 19, 5 [3]) donnaient l'action *in factum*[4], Julien donnait aussi l'ac-

[1] Cette différence de traitement entre le *negotium do ut facias* et le *negotium facio ut des* s'explique difficilement, comme le fait très-bien remarquer Gradenwitz (*loc cit.*), car que le *factum* précède la dation ou qu'il la suive, il y a toujours une obligation de *dare* d'une part, et une obligation de *facere* d'autre part. Si l'on dit qu'il y a une ressemblance avec le louage, lorsque la dation précède le fait, pourquoi ne pas dire aussi qu'il y a une opération analogue, dans le cas où c'est le fait qui précède la dation ? Le louage étant un contrat consensuel, les deux obligations de *dare* la *merces* et de *facere*, c'est-à-dire, de faire jouir de la chose, ne naissent-elles pas ensemble? L'exécution de l'une de ces obligations doit-elle par hasard précéder celle de l'autre? Toutes ces objections ont fait conclure à Gradenwitz que tout cela est dû aux interpolations inintelligentes des compilateurs de Justinien. Cette conclusion nous répugne fort, vu le grand nombre des textes qui font la distinction dont il s'agit et l'absence d'utilité de telles interpolations. Peut-être faut-il attribuer cette distinction à cette idée que la dation est une chose bien autrement grave, bien autrement décisive que la plupart des faits.

[2] L. 5, § 2, *in fine*, D., *de præscriptis verbis*, 19, 5 (Paulus, lib. 5 Quæstionum) : *Sed si dedi tibi servum* UT SERVUM TUUM MANUMITTERES, *et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est ; si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit : si ignorans, in factum* CIVILEM. — Nous verrons que la comparaison des deux textes cités montre que le mot *civilem*, qui termine le texte que nous venons de transcrire, est évidemment interpolé.

[3] Nous allons voir aussi que les mots *id est præscriptis verbis*, que nous trouvons à la fin de ce texte, doivent être aussi une interpolation. V. le texte à la page 63, note 1.

[4] M. Accarias soutient que ces deux jurisconsultes reconnaissaient l'existence d'un contrat dans le *negotium facio ut des* et que l'action *in factum* qu'ils accordaient était celle qui était calquée sur une action civile reconnue, c'est-à-dire, si nous avons bien compris l'idée de l'auteur, une action utile *in factum (Théorie des Contrats innommés*, pp. 54 et 55*)*. Nous ne pouvons, quant à nous, affirmer si c'était une action utile ou une action *in factum* ordinaire. Mais, par cela seul que Julien accordait une action de dol dans le cas prévu par la fin de la loi 5, § 2, *præsc. verb.* (V. la note suivante), nous pen-

tion *de dolo*, dans le cas prévu par la loi 5, § 2, *in fine*, D., de *præscr. verb.* [1].

63. — En résumé, quand il y avait une ressemblance plus ou moins manifeste entre le *negotium* dont il s'agit et un contrat nommé, on accordait plus volontiers l'action *præscriptis verbis*, que quand il n'y en avait aucune. Voilà l'explication des décisions de Paul, qui admet sans hésiter l'action *præscriptis verbis* dans les *negotia do ut des* et *do ut facias*, qui la donne, non sans hésitation, pour sanctionner le *negotium facio ut facias*, et qui la repousse enfin pour le *negotium facio ut des*.

Ainsi, au temps de Paul, on était loin d'être d'accord pour donner l'action *præscriptis verbis* dans cette dernière catégorie de contrats innommés. C'est ce qui résulte d'ailleurs de la loi 15, *in fine*, D., *de præscr. verb.* En effet, Ulpien, en se plaçant dans une hypothèse du *negotium facio ut des*, termine son texte par les mots suivants : *ergo civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis;* NISI SI QUIS ET IN HAC SPECIE DE DOLO

cherions plutôt à admettre que l'action *in factum* qu'il accordait dans les autres cas, était une action *in factum* ordinaire (En ce sens : Maynz, *op. cit.*, II, p. 331, note 5). L'éminent auteur que nous combattons, admettant ici l'opinion de Noodt, prétend que lorsqu'il y avait dol *ab initio*, ce dol, d'après Julien, empêchait la formation du contrat. Nous réfuterons cette opinion tout à l'heure. Mais, ce qui est absolument inexact, c'est cette assertion que « Gaius ne doutait pas de l'existence d'un contrat dans le *negotium facio ut des*, et que, par conséquent, il excluait l'action *de dolo*. » Cela ne résulte nullement ni du § 143 du commentaire III de Gaius, ni de la loi 22, D., *præsc. verb.*, que M. Accarias cite à son appui.

[1] Voici cette hypothèse : Je vous donne l'esclave Stichus, pour que vous affranchissiez Pamphile. Vous affranchissez Pamphile. Puis vous êtes évincé de Stichus. Julien donne l'action de dol, si je savais que je n'étais pas propriétaire de Stichus ; l'action *in factum*, dans le cas contraire (V. le texte à la page précédente, note 2).

ACTIONEM COMPETERE DICAT, UBI DOLUS ALIQUIS ARGUATUR (donc une action civile, c'est-à-dire, l'action *præscriptis verbis*, peut naître, à moins que, dans cette espèce, on ne dise que l'action de dol compète aussi, lorsqu'il y a quelque dol allégué).

Ce texte donne lieu à une petite controverse : on se demande si Ulpien entendait donner dans ce cas l'action *præscriptis verbis* ou l'action *de dolo*. Le véritable sens du texte, à notre sentiment, est qu'Ulpien voulait accorder l'action *præscriptis verbis*, et ce point ne saurait être sérieusement contesté, en présence de la loi 7, § 2, D., *de pact.*, 2, 14; mais, comme il y avait alors des jurisconsultes, comme Paul, qui voulaient donner plutôt l'action *de dolo*, Ulpien ajoute qu'on peut dire que l'action *de dolo* compète aussi, parce que cette dernière action peut être intentée, toutes les fois qu'il y a des doutes sur l'existence d'une autre action, ce que nous apprend Ulpien même dans la loi 7, § 3, D., *de dolo malo*, 4, 3.

64. — L'opinion de Paul semble cependant avoir été encore soutenue au temps des empereurs Dioclétien et Maximien, car ces empereurs rendirent en 294 un rescrit qui donnait l'action de dol dans une hypothèse du *negotium facio ut des* (L. 4, C., *de dolo malo*, 2,21). Mais est-ce à dire que, même à l'époque de Justinien, cette opinion continuait à prévaloir ? Nous ne le pensons pas et voici pourquoi.

Parmi les textes que nous avons cités, trois (L. 7, § 2, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 15, D., *de præscr. verb.*, 19,5; — L. 6, C., *de trans.*) ne disent pas grand'chose au point de vue qui nous occupe maintenant, car on

peut prétendre qu'ils ne serviraient qu'à constater la divergence d'opinion, qui régnait longtemps. Mais ce qui est décisif, c'est que le texte de Justinien même (I., III, 24, § 1)[1], qui correspond au paragraphe 143 du Commentaire III de Gaius, accorde sans hésiter l'action *præscriptis verbis*, dans un cas où Gaius se demande seulement s'il y a louage et où il y a un *negocium facio ut des*.

65. — D'ailleurs, il y a au moins deux textes corrigés par les compilateurs du Digeste et qui montrent bien par là que, dans le droit de Justinien, le *negotium facio ut des* était sanctionné par l'action *præscriptis verbis*, comme les trois autres catégories de *negotia nova*. Voici ces textes :

1° L. 5, § 2, *in fine*, D., *de præsc. verb.*, 19, 5. Ce texte, qui est attribué à Paul, rapporte l'opinion de Julien relative au *negotium facio ut des* et fait dire à ce jurisconsulte qu'il faut donner l'action *de dolo* ou l'action *in factum* CIVILEM. Cette action *in factum* CIVILEM serait apparemment l'action *præscriptis verbis*. Or nous lisons dans la loi 7, § 2, D., *de pact.*, 2, 14, que Julien n'accordait dans ce cas[2] qu'une action *in factum* ordi-

[1] I., 3, 24, § 1 : *Et quæ supradiximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa, si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine præscriptis verbis actio datur.*

[2] Il nous paraît probable que Julien n'admettait dans aucun cas l'action *præscrptis verbis* et les mots *id est præscriptis verbis* de la loi 13, § 1, D., *de præscr. verb.*, qui pourraient faire croire que ce jurisconsulte l'aurait admise dans les *negotia do ut des* et *do ut facias*, sont, à notre conjecture, une interpolation.

naire[1], et non pas l'action *præscriptis verbis*. Donc le mot *civilem* a été certainement ajouté au texte primitif. Si Tribonien et ses collègues sentirent le besoin de corriger ce texte, c'est qu'évidemment, d'après le droit de leur temps, c'était non pas une action *in factum* ordinaire, mais bien l'action *præscriptis verbis*, qu'il fallait donner dans cette hypothèse[2].

2° L. 22, D., *de præscriptis verbis*, 19, 5. Ce texte, attribué à Gaius, prévoit également un cas de *negotium facio ut des* et accorde l'action *præscriptis verbis*. Mais il est plus que probable que les mots qui terminent le texte: *id est præscriptis verbis*, ont été ajoutés par les compilateurs. En effet, le livre de Gaius non touché par Justinien, ses Institutes, ne parle nulle part de l'action *præscriptis verbis;* c'est qu'apparemment, il n'admet dans aucun cas cette action imaginée par les Proculiens. Il serait étrange de supposer qu'il l'eût admise dans cette hypothèse du *negotium facio ut des*, et non dans les autres cas, car c'est justement dans notre hypothèse que l'action *præscriptis verbis* comptait le plus d'adversaires. En tout cas, Gaius n'aurait certainement pas dit : PLACET *in factum dandum esse judicium, id est, præscriptis verbis*, attendu qu'alors, cette opinion était loin d'être admise généralement. Enfin l'hypothèse de la loi 22 est prévue par le § 143 du Commentaire III de ses Institutes, où il se borne à poser la question de savoir s'il y a là louage. Cette question qu'il ne résout pas dans son livre élémentaire, il est tout naturel de supposer qu'il l'a résolue dans

[1] V. n° 62, *in fine*.

[2] Ce texte d'ailleurs ne nous donne pas tout à fait raison, car il donne l'action *de dolo*, quand il y a eu dol *ab initio*. Mais les autres textes nous semblent assez clairs pour que nous puissions en conclure l'exactitude de ce que nous avançons.

son livre *Ad edictum provinciale* par la négative et qu'il a donné dans ce cas l'action *in factum* proprement dite, suivant l'opinion généralement admise alors par les Sabiniens.

66. — Cujas (Ad L. 5, D., *de præscr. verb.*, 19, 5), qui soutient que c'est l'opinion de Paul qui était toujours admise sans contestation, même jusque dans le dernier état du droit romain, essaie d'expliquer les différents textes que nous avons cités en notre faveur. D'abord, la loi 15, *de præscr. verb.*, n'aurait pas le sens que nous lui avons donné : Ulpien n'aurait point admis l'action *præscriptis verbis*, et le *civilis actio oriri potest* aurait été rétracté immédiatement par le *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat*. Cette explication est évidemment forcée; elle est d'ailleurs contredite, selon nous du moins, par la loi 7, § 2, *de pactis*.

Ce dernier texte ne gênerait pas cependant Cujas, qui, pour expliquer les trois textes pour lui très embarrassants (L. 22, D., *de præsc. verb.*, 19, 5; — L. 6., *de trans.*; — I., III, 24, § 1), émet un véritable paradoxe. Le voici : selon lui, ce ne serait pas l'ordre dans lequel on exécute la convention, qui déterminerait le caractère du contrat innommé, mais celui qui est assigné dans la convention aux engagements des deux parties. Or, dans l'intention des parties, d'après Cujas, tous ces trois textes, — et *a fortiori*, la loi 7, § 2, *de pactis*, car il s'agit là d'une hypothèse où la dation a eu lieu d'abord, mais est suivie d'une éviction, — viseraient des cas où la dation devait précéder le fait : ce serait donc le *negotium do ut facias*, et non le *negotium facio ut des*.

67. — Nous ferons observer tout d'abord que, dans l'hypothèse de la loi 22, *de præscr verb.*, et des Institutes, car c'est la même hypothèse, rien ne nous fait voir que c'était la dation qui devait précéder le fait; c'est plutôt le contraire qui est probable, attendu qu'on est convenu tout d'abord du raccommodage et que ce n'est qu'ensuite qu'on devait fixer le prix [1].

Mais c'est le système en lui-même qui est absolument insoutenable. En effet, est-ce la convention ou son exécution de la part d'une partie, qui forme le contrat innommé ? Personne ne soutiendra que c'est la convention elle-même qui forme le contrat. Dès lors, qu'importe l'ordre indiqué dans la convention, si elle n'est pas exécutée dans cet ordre?

Cependant Cujas invoque à l'appui de son paradoxe un texte qui a paru embarrassant à certains esprits [2], mais qui ne nous le paraît pas du tout (L. 3, § 4, D., *de condict. causa data*, 12, 4). Voici la traduction de ce texte : « Bien mieux, même si je ne vous ai rien donné pour obtenir un affranchissement, mais qu'il eût été convenu que je vous donnerais quelque chose, vous pouvez intenter l'action qui naît de ce contrat, c'est-à-dire, une condiction, même en supposant l'esclave mort. » Selon Cujas, ce texte voudrait dire qu'*avant même l'affranchissement de l'esclave*, celui qui a promis de le faire peut intenter l'action *præscriptis verbis* [3], pour obtenir la dation qui

[1] V. ces textes, n° 61, 1re note; et n° 64, note.

[2] M. Accarias, *Thèse*, p. 33; *Théorie des Contrats innommés*, p. 218.

[3] Le texte parle d'une *condictio*. M. Accarias (*Thèse*, p. 34, note 1; *Théorie des Contrats innommés*, p. 242) conjecture que cette incidente *id est condictionem* serait une addition faite par un copiste téméraire, à qui le texte n'aurait pas paru suffisamment clair. Cette

lui a été promise en retour. Cette doctrine n'est rien moins que la négation du principe : *Ex nudo pacto actio non nascitur*, car ce serait la convention par laquelle on s'oblige d'affranchir l'esclave, qui ferait naître l'action *præscriptis verbis*.

68. — M. Accarias, dans sa thèse (pp. 33 et 34), a soutenu que, quand l'esclave que l'on a promis d'affranchir vient à mourir avant d'être affranchi, on sera traité comme si on l'avait affranchi, et qu'on aura l'action *præscriptis verbis*. Cette théorie, qui est pour le moins hardie, parce qu'il n'y a aucun texte qui l'appuie, ne me paraît pas plus soutenable que celle de Cujas. En effet, pour qu'un contrat innommé puisse se former, il faut qu'il y ait une dation ou un fait. La circonstance que l'esclave est mort est-elle un fait en matière de contrats innommés? Personne n'osera sérieusement soutenir un pareil paradoxe. Dès lors, la même objection que j'ai adressée au système de Cujas : *Ex nudo pacto actio non nascitur*, pourra l'être aussi à celui du futur inspecteur général des Facultés de Droit.

Il me semble à peu près certain qu'Ulpien suppose dans notre texte que l'esclave est mort après avoir été affranchi, et je suis heureux de voir M. Accarias abandonner le système qu'il a soutenu dans sa thèse et d'émettre la même opinion que moi, dans sa remarquable *Théorie des Contrats innommés* (pp. 243 et 244). Le savant auteur

conjecture n'est point nécessaire, si l'on admet que l'action appelée *præscriptis verbis* dans le dernier état du droit romain était primitivement une *condictio*. Cette manière de voir est corroborée par d'autres textes qui appellent *condicto* ce que nous appelons *actio præscriptis verbis* (L. 19, § 2, D., *de precar.*, 43, 26 ; — L. 1., C., *de pact. conv.*, 5, 14). V. n° 60, note.

ajoute, avec raison, que la comparaison de notre § avec le § précédent paraît d'ailleurs confirmer notre manière de voir. Le § 3, en effet, s'occupe de l'hypothèse où l'esclave à affranchir meurt avant de recouvrer la liberté, mais après que la dation a eu lieu au profit de son maître, et décide que celui qui a fait cette dation a le droit de répéter. Par antithèse, dans le § 4, le jurisconsulte parle du cas où c'est l'affranchissement qui a été fait le premier et où la dation pro mise n'est pas encore faite, et donne l'action *præscriptis verbis* au maître de l'esclave affranchi, alors même que cet esclave viendrait à mourir dans l'intervalle [1].

69. — Doneau (*Ad tit. D., de præscr. verb.*, cap. X et seq.) prétend que Paul, dans notre hypothèse de *negotium facio ut des*, aurait laissé le choix entre l'action *præscriptis verbis* et l'action *de dolo*. Cette interprétation va contre le texte même, qui dit : *Nulla erit civilis actio*, et par suite, elle nous semble absolument insoutenable [2].

D'après Noodt (*de pact. et trans.*, cap. IX), Paul ne donnerait l'action *de dolo* que quand il y a eu dol *ab initio*,

[1] En ce sens : Maynz, *op. cit.*, II, p. 335, note 25.

[2] On a objecté à Doneau que l'action *de dolo* étant essentiellement subsidiaire, ce choix laissé au demandeur entre cette action et l'action *præscriptis verbis* ne se comprenait pas (Accarias, *Thèse*, p. 34, note 2). Cette objection ne me paraît pas bien juste, car nous avons vu (n° 63), et l'auteur que je cite l'admet tout le premier (*Thèse*, p. 32), que toutes les fois qu'il y a doute sur l'existence d'une action, on peut intenter l'action *de dolo*, et qu'Ulpien qui admet en principe l'action *præscriptis verbis* dans notre hypothèse, semble accorder aussi l'action *de dolo*, à cause de la divergence d'opinion qui existait alors sur le point de savoir s'il y avait lieu d'accorder l'action *præscriptis verbis*. Il est donc possible que Doneau veuille soutenir que Paul était du même avis que son rival.

car, dit-il, le contrat n'aurait pu se former dans ce cas, et il s'appuie sur la fin du § 2, qui semble donner l'action *præscriptis verbis*, quand il n'y a pas eu dol au début. Mais nous avons démontré (n° 64) que le mot final *civilem* de ce texte est une interpolation. Dès lors, ce texte ne prouve nullement que, soit Paul, soit Julien qu'il cite, eût jamais admis l'action *præscriptis verbis* dans notre hypothèse. D'ailleurs, prétendre que Paul aurait donné l'action *præscriptis verbis* dans le cas où il n'y a pas eu dol *ab initio*, — c'est-à-dire, dans la plupart des cas, en fait, étant donnée la difficulté d'établir le dol *ab initio*, — alors que ce jurisconsulte dit carrément : *Nulla erit civilis actio*, d'une manière générale, c'est certainement ajouter au texte et non l'interpréter.

Quant à la question de savoir si Paul admettait la solution de Julien, d'après laquelle dans l'hypothèse du § 2, *in fine*, ce serait l'action de dol qui compèterait, quand il y avait dol *ab initio*, et l'action *in factum* dans le cas contraire, elle est peut-être controversable, parce que le même jurisconsulte, dans le § suivant, nous dit simplement, en se plaçant toujours dans l'hypothèse de *negotium facio ut des*, qu'il y a lieu à l'action de dol [1]. Mais on peut admettre l'affirmative, parce qu'il y a une légère différence entre l'hypothèse du § 2, *in fine*, et celle du § 3, bien qu'il nous semble, quant à nous, que la solution doit être la même. En effet, dans le § 2, *in fine*, il s'agit du cas où les parties ont voulu d'abord contracter un

[1] M. Accarias admet que Paul n'était pas du même avis que Julien (*Théorie des Contrats innommés*, pp. 53 et s.).

negotium do ut facias, et où la dation étant suivie d'éviction, le contrat se trouve transformé en un *negotium facio ut des*; tandis que, dans le § 3, le jurisconsulte s'occupe d'un *negotium facio ut des* ordinaire. Enfin cette idée que, le contrat ne se formerait pas quand il y a dol *ab initio*, idée qui était, paraît-il, soutenue par Julien [1], nous paraît contestable en théorie. En effet, personne, que nous sachions, n'a jamais soutenu qu'en droit romain, dans la vente, par exemple, le fait que le vendeur qui n'était pas propriétaire de la chose et qui le savait, a laissé croire à l'acheteur qu'il l'était, empêche la formation du contrat de vente [2]. Comment alors le fait que celui qui s'est engagé à faire une dation en échange d'un fait qu'un autre lui a promis, savait qu'il n'était pas propriétaire de la chose promise, empêcherait-il la formation du contrat *facio ut des* [3]?

70. — En résumé, il nous semble démontré qu'au temps de Justinien, c'était toujours l'action *præscriptis verbis* qui sanctionnait le *negotium facio ut des*, comme les autres *negotia nova*. Si certains textes du Digeste et du Code semblent le contredire, c'est que Tribonien et ses collègues qui achevèrent des travaux si gigantesques en si peu de temps (un an pour le Code et trois ans pour le Digeste), sont excusables d'avoir laissé se glisser ces textes, dont la décision était surannée alors; surtout dans

[1] M. Accarias le soutient aussi (*Théorie des Contrats innommés*, p. 55). V. n° 62, 6e note.

[2] L'article 1599, C. c., me semble tout à fait déraisonnable.

[3] V. le texte de la loi 5, §§ 2 et 3, D., *de præscr. verb.* : n° 61, 2e note; n° 62, 3e note.

une matière qui avait donné lieu pendant si longtemps à tant de controverses.

71. — Ainsi, quand la transaction se fait par l'abandon total ou partiel de la prétention d'une des parties, si cet abandon constitue une dation ou un fait, il se forme un contrat innommé, appartenant à l'une des quatre catégories : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias*, ou *facio ut des*.

Premier exemple. — Je prétends être propriétaire d'un immeuble, mais je fais une transaction avec le possesseur de cet immeuble. Celui-ci s'engage à me payer cent *aurei*, moyennant quoi je fais la mancipation. Si le possesseur ne subit pas d'éviction, je puis dire : *Dedi ut des*[1].

Second exemple. — Dans la même hypothèse, si mon adversaire, au lieu de me promettre cent *aurei*, s'engage à affranchir un de ses esclaves, nous aurons un *negotium do ut facias*.

Troisième exemple. — Je fais acceptilation d'une créance, que je prétends avoir contre mon adversaire en vertu d'une stipulation. Celui-ci, de son côté, s'engage à

[1] On m'objectera peut-être que, n'étant pas sûr que je suis propriétaire de l'immeuble, je ne puis faire acquérir la propriété à personne Cette objection me paraît une exagération. Sans doute, s'il se présente un tiers qui prouve que l'immeuble est à lui, il n'y a pas dation et le *negotium do ut des* ne se forme pas : il y aura alors *negotium facio ut des*, car la mancipation, si elle n'a pas pu transférer la propriété, constitue du moins un fait juridique, qui doit être considéré comme un *factum* en matière de contrats innommés. Mais s'il ne se présente personne se prétendant propriétaire avec succès, en vertu de la convention intervenue entre nous, je dois être considéré comme ayant été réellement propriétaire, et mon adversaire ne peut prétendre le contraire : l'action *præscriptis verbis* étant de bonne foi (I., IV, 6, § 28), le juge devra tenir compte de la convention des parties (Cf. n° 38, note).

faire acceptilation d'une créance *verbis* qu'il a contre moi. Il y a là un *negotium facio ut facias*.

Quatrième exemple. — Si, dans le cas précédent, au lieu de supposer que ma contre-partie s'engage à faire acceptilation, je suppose qu'il s'engage à me faire acquérir la propriété d'un immeuble, j'aurai un *negotium facio ut des*.

Dans ces quatre exemples, suivant l'époque et la doctrine, on donnait soit l'action *præscriptis verbis*, soit l'action utile de vente ou de louage, soit l'action de dol ou *in factum*. Mais, dans le droit de Justinien, comme nous espérons l'avoir démontré, on donnait invariablement l'action *præscriptis verbis* dans tous ces cas.

72. — M. Accarias (*Thèse*, pp. 35 et 36) (*sic*), cependant prétend qu'il y a un cas où l'on aurait dû donner l'action de dol, même dans le dernier état du droit romain. Le voici : « Titius m'ayant promis cent *aurei* sous une condition encore pendante, je lui fais acceptilation *transigendi causa*, et il est convenu qu'il me donnera une certaine chose. Puis la condition vient à défaillir. Par là, dit M. Accarias, l'acceptilation se trouve légalement non avenue (L. 12, *de acceptil.*). D'où il suit que le contrat innommé n'a pu prendre naissance et que l'action *præscriptis verbis* ne saurait m'être ouverte. D'autre part, continue le savant auteur, il ne peut être question d'invoquer l'action résultant de ma créance antérieure, puisque cette créance est réputée n'avoir jamais existé. Cependant l'équité et l'intention des parties exigent qu'une action soit donnée. Il faudra donc, conclut le futur inspecteur général des Facultés de Droit, recourir à celle du dol. »

73. — Cette opinion me paraît très-constestable. De deux choses l'une : ou on devra considérer l'acceptilation d'une créance conditionnelle, alors même que la condition viendrait à défaillir, comme un fait suffisant pour donner naissance à un contrat innommé ; ou on devra dire qu'elle est insuffisante pour créer un contrat innommé, et alors faire abstraction complète de cette acceptilation. Il me semble qu'il ne suffit pas, pour accorder une action, que « l'équité et l'intention des parties l'exigent, » car, autrement, tous les pactes devraient être sanctionnés par une action. Si l'éminent romaniste veut donner une action dans notre hypothèse, c'est qu'il y a là quelque chose de plus que l'équité et l'intention des parties : il y a eu acceptilation. Cette acceptilation faite d'une créance conditionnelle, comme le dit l'auteur que je combats, ne produit légalement d'effet, en principe, que si la condition se réalise. Mais ce principe, à mon avis, doit subir un tempérament, quand cette acceptilation a eu lieu *transigendi causa*. En effet, l'intention des parties était que le créancier renoncerait à sa créance, que la condition se réalisât ou non plus tard, et qu'on ne parlerait plus de cette créance, quoi qu'il arrivât. D'après cette intention des parties, l'acceptilation devra être considérée comme ayant toujours opéré l'extinction de la créance ; et le débiteur, ainsi libéré, n'aura plus le droit de se prévaloir de la défaillance de la condition : l'action *præscriptis verbis* étant de bonne foi, le juge devra l'empêcher d'invoquer cette défaillance. Donc, je crois qu'on peut décider qu'il y a un *negotium facio ut des*, et que, d'après le dernier état du droit romain, il y a lieu à l'action *præscriptis verbis*. D'ailleurs, si

M. Accarias était logique, il devrait dire que le contrat innommé ne se formerait pas, toutes les fois qu'on prouverait que la dette dont il a été fait acceptilation n'existait pas : ce qu'il ne paraît pas admettre, au moins dans sa thèse (V. n° 32, 2e note).

J'ajoute que, pour qu'il y ait lieu à l'action de dol, il faut qu'il y ait un préjudice subi. Or, ici, ce préjudice fait défaut, car l'acceptilation d'une dette conditionnelle, dont la condition viendra à défaillir, ne cause aucun préjudice.

74. — Si j'insiste sur ce point, c'est qu'il y a des différences considérables entre l'action *præscriptis verbis* et l'action *de dolo*, dont la plupart, sinon toutes, découlent d'une de ces deux idées, que l'action *præscriptis verbis* est contractuelle, tandis que l'action *de dolo* est quasi-délictuelle, et que la première est civile, la seconde prétorienne. En voici les principales : 1° L'action *præscriptis verbis* est perpétuelle, l'action *de dolo* est annale ; 2° l'action *præscriptis verbis* est *rei persecutoria*, et elle passe entièrement contre les héritiers du défendeur ; l'action *de dolo* est pénale *a parte rei*, et elle ne passe contre les héritiers que dans la mesure de leur enrichissement ; 3° l'action *præscriptis verbis* est de bonne foi et peut être arbitraire ou non, l'action *de dolo* est toujours arbitraire et échappe à la classification des actions de droit strict et de bonne foi ; 4° l'action *præscriptis verbis* n'entraîne pas l'infamie, conséquence attachée à l'action *de dolo*.

75. — Ainsi, quand l'extinction de la prétention de l'une des parties constitue une dation ou un fait, il se

forme, au profit de cette partie, un contrat innommé, sanctionné par l'action *præscriptis verbis*, du moins dans le dernier état du droit romain. Quand y a-t-il une dation ou un fait ? Nous l'avons dit au commencement de cette section ; mais il y a un cas qui mérite un peu d'attention : il est réglé dans la loi 6, C., *de trans*. Une femme ayant intenté la *querela inofficiosi testamenti*, une transaction, conclue par un simple pacte, intervient entre elle et l'héritier institué. Elle renonce à son action et celui-ci s'engage à lui donner une partie de son hérédité. L'empereur Alexandre décide que ses enfants, ses héritiers, ne peuvent pas reprendre la *querela*, mais qu'ils ont à leur disposition l'action *ex stipulatu*, si leur mère a eu soin de stipuler, ou l'action *præscriptis verbis*, si aucune stipulation n'est intervenue. Que les héritiers de la *querelans* ne puissent pas reprendre la *querela*, cela ne fait pas de doute, parce que cette action ne se transmet aux héritiers qu'autant qu'elle a été commencée ou tout au moins préparée du vivant du légitimaire (L. 6, § 2, D., *de inofficioso testamento*, 5, 2), et qu'autant que celui-ci persévère dans cette voie (L. 15, § 1, D., *de inoff. test.*, 5, 2), ce qui n'est pas l'hypothèse, la *querelans* ayant renoncé à la *querela*, qu'elle avait une fois intentée [1].

Mais pourquoi l'auteur du rescrit accorde-t-il l'action *præscriptis verbis* à ses héritiers ? Le pacte intervenu entre elle et l'institué a-t-il eu par hasard l'effet d'engen-

[1] Justinien (LL. 34, et 36, § 2, C., *de inoff. test.*, 3, 28) introduisit les innovations suivantes : 1° Lorsque le légitimaire meurt avant que l'institué fasse adition, il transmet la *querela* à ses descendants ; 2° L'institué est obligé de faire adition ou répudiation dans un délai de six mois à partir du décès du testateur, s'il demeure dans la même province que ce dernier, et dans celui d'un an, dans le cas contraire.

drer cette action ? Non, certes ! ce n'est pas le pacte même qui a fait naître l'action *præscriptis verbis*, mais cette circonstance que, fidèle à la transaction, la *querelans* s'est abstenue volontairement de reprendre sa *querela* jusqu'à sa mort et qu'ainsi, elle l'a perdue définitivement, ce qui constitue un *factum* suffisant pour donner naissance à l'action *præscriptis verbis* [1].

76. — Deux observations à ce propos : 1° dans notre texte, l'action *præscriptis verbis* est qualifiée *utilis*. D'où Cujas a conclu que cette action était toujours utile, et non directe. Cela me semble difficile à admettre en présence des nombreux textes que nous avons vus et qui ne paraissent pas du tout accorder l'action *præscriptis verbis* à titre d'action utile (notamment L. 7, § 2, D., *de pact.*, 2, 14 ; — L. 3, § 4, D., *de cond. causa data causa non secuta*, 12, 4 ; — L. 5, § 2 ; L. 15 ; L. 16, pr., D., *de præsc. verb.*, 19, 5; — L. 19, § 2, D., *de precar.*, 43, 26). Mais l'explication de M. Accarias (*Thèse*, p. 44, note 1 ; *Théorie des Contrats innommés*, p. 212 ; *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 573, note 2) me semble encore plus difficile à admettre : la voici. L'action *præscriptis verbis* serait donnée dans notre hypothèse à titre d'action utile, parce qu'elle ne résulterait pas seulement du désistement de la défunte, mais aussi de son décès, circonstance tout à fait étrangère à sa volonté. Cette proposition ne serait exacte que s'il était démontré qu'il faut toujours un fait positif d'une partie, pour qu'il y ait un élément du *negotium facio ut des*, ce qui est pour le moins contestable : l'auteur que je com-

[1] Cf. ci-dessous n° 78.

bats enseigne lui-même (*Théorie des Contrats innommés*, pp. 20 et 21) qu'un fait négatif suffit. Si un fait négatif suffit en général, pourquoi le fait dont il est question dans notre texte (c'est-à-dire l'abstention de reprendre la *querela* pendant toute la vie, ce qui a éteint définitivement la *querela*) ne suffirait-il pas ? Prétendrait-on que c'est parce qu'ici, il y a un fait étranger à la volonté de la partie, à savoir : son décès ? Mais c'est le propre de tout fait négatif, quand ce fait est personnel à la partie, comme dans notre hypothèse. On n'irait pas, j'espère, jusqu'à prétendre faire une distinction entre les faits personnels à la partie contractante et ceux qui ne le sont pas, et décider que les premiers n'engendrent qu'une action utile, tandis que les derniers font naître une action directe !

77. — Voici ce qui me paraît vraisemblable. Nous avons vu que la question de savoir si, dans notre hypothèse du *negotium facio ut des*, il fallait accorder l'action *præscriptis verbis* ou une action *in factum*. Et, parmi ceux qui admettaient une action *in factum*, il est probable, comme l'enseigne M. Accarias (*Théorie des Contrats innommés*, pp. 54 et 55), qu'il y en avaient qui voulaient accorder une action *utilis in factum*, calquée sur l'action *locati* par exemple. Sans doute, pour moi, il ne paraît pas que Julien accordât cette action utile dans notre hypothèse, en quoi je diffère d'avis avec M. Accarias. Mais l'action *in factum* que Gaius donne dans la loi 22, D., *de præsc. verb.*, est peut-être une action utile. Cela admis, il n'est pas impossible que l'empereur Alexandre Sévère, dont le fameux conseil de jurisconsultes comptait probablement des partisans et des adversaires de l'action

præscriptis verbis, rendît en 231 (cinq ans après la mort d'Ulpien) un rescrit, par lequel il accordât une action utile, mais ayant une *præscriptio* de faits en tête de la formule, en tenant compte ainsi de l'une et de l'autre doctrine.

78. — 2° On pourrait être tenté de dire que la loi 6 est en contradiction avec la loi 27, pr., D, *de inoff. test.*, 5, 2, qui dit: « Si, après que la *querela de inofficioso testamento* a été intentée, on a transigé par un pacte, et que la transaction ne soit pas observée par l'héritier, il est admis que la *querela* reste entière. » Mais la contradiction apparente disparaîtra, si l'on remarque qu'il y a une circonstance qui existait dans l'hypothèse de la loi 6 et qui fait défaut ici : c'est la mort du *querelans*. Donc, ici, le *querelans*, ne recevant pas l'exécution de la transaction de la part de l'héritier institué, peut reprendre la *querela* et, si ce dernier lui oppose l'exception de pacte, la briser par la réplique de dol[1].

79. — Supposons maintenant que l'abandon du droit objet de transaction ne constitue pas un fait suffisant pour donner naissance à un contrat innommé. La transaction n'engendre aucune action, mais si c'est le demandeur qui se trouve créancier, et c'est le cas le plus ordinaire, il peut intenter son ancienne action, briser par la réplique de dol l'exception de transaction qu'on

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 44) prétend qu'Ulpien relève la circonstance du décès de l'institué et suppose par là le *querelans* vivant. Nous avons eu beau chercher cette circonstance dans le texte d'Ulpien : nous ne l'avons pas trouvée. Mais du moment que le texte ne dit pas que le *querelans* est mort, il faut le supposer vivant.

peut lui opposer, et obtenir ainsi la condamnation égale à l'intérêt que lui devait procurer la transaction. Si on ne lui oppose pas, pour une raison ou pour une autre, l'exception de transaction ou de dol, il peut obtenir la condamnation intégrale suivant son droit primitif ; en revanche, le défendeur peut lui opposer tous les moyens de défense qu'il avait avant la transaction, sauf la réplique de pacte que le demandeur peut invoquer contre lui. Il est d'ailleurs loisible aux parties de renoncer, de commun accord, à la transaction une fois faite, tant qu'elle n'a pas reçu d'exécution. Bien mieux, même après son exécution de la part du défendeur, du moment que l'action du demandeur subsiste *ipso jure*, les parties peuvent convenir que la transaction sera non avenue, à la condition que le demandeur restitue ce qu'il a reçu. Nous verrons plus en détail, à la fin de notre étude, comment on peut résoudre une transaction valablement consentie[1].

[1] Cf. nº 44.

CHAPITRE III

DE L'OBJET DE LA TRANSACTION

80. — Nous avons vu dans le chapitre premier (nº 3) que la transaction doit porter sur un droit douteux. Mais il n'y a pas que cette condition, relativement à l'objet de la transaction : il faut en outre qu'elle ne porte pas sur une chose qui soit hors du commerce. Ainsi elle ne doit pas porter sur des choses de droit divin, être contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, etc. Ce sont là des règles communes à toutes les conventions. Nous insisterons cependant sur cinq catégories de droits, qui présentent, ou paraissent présenter, quelques particularités en matière de transaction.

SECTION I

DES QUESTIONS D'ÉTAT

81. — L'état des personnes peut être apprécié à trois points de vue différents : *status libertatis*, *status civitatis* et *status familiæ*.

Au point de vue du *status libertatis*, voici ce que décide une constitution de Dioclétien et Maximien (L. 36, C., *de liber. causa*, 7, 16) : toute transaction sur une question de liberté est nulle. Cujas (*Observat.*, lib. XII, cap. XXXV) nous apprend que les auteurs grecs racontaient qu'il y avait une constitution, dans le Code Her-

mogénien, qui annulait toutes transactions sur la liberté, parce qu'en supposant que la partie dont la liberté serait contestée fût réellement esclave, une convention intervenue entre elle et son maître serait non avenue (L. 13, C., *de trans.*) [1]. Deux siècles plus tard, l'empereur Anastase abandonna cette décision un peu subtile et reconnut valable une transaction sur la question de la liberté (L. 43, C., *de trans.*).

82. — Cette constitution d'Anastase ne laisse pas de soulever des difficultés. Un premier point est acquis : tout le monde reconnaît que désormais toute transaction favorable à la liberté est valable. Mais, là où la difficulté naît, c'est quand on se demande si cette décision s'applique même à une transaction en vertu de laquelle une personne serait déclarée esclave.

Il y a de sérieuses raisons d'en douter. D'abord, il serait choquant qu'on pût aliéner par un moyen indirect qui s'appelle transaction, la liberté qu'on ne pourrait pas aliéner directement ; les mots : *Si non alio jure cognito modo eas vacillare contigerit*, de la loi 43, ne permettraient pas une interprétation si dérogatoire aux principes généraux du droit. De plus, ajoute-t-on, où est cet élément essentiel de la transaction, des concessions réciproques ? L'esclave ne pouvant acquérir que pour son maître, on ne peut pas concevoir une concession de la part de ce dernier [2].

[1] On peut se demander si cette constitution dont parlaient les Grecs, n'était pas la loi 36, C., *de liber. causa*, que nous venons de citer.

[2] On a invoqué aussi cette autre raison que la liberté serait inappréciable en argent (Accarias, *Thèse*, p. 61). Cet argument me paraît si faible que je m'abstiens de l'attaquer.

83. — Quelque sérieuses que soient ces objections, je ne puis pas, en présence d'un texte si formel, admettre que, même depuis Anastase, toute transaction qui consacrerait la condition servile d'une personne serait nulle. En effet, la constitution parle, d'une manière générale, des transactions *super servili conditione,* sans nullement distinguer entre le cas où elles seront favorables à la liberté et celui où elles y seront défavorables. Bien mieux, en employant la préposition *pro*, au lieu de *super*, à la fin du texte, l'auteur du rescrit paraît même préciser que les transactions en faveur de la condition servile sont aussi valables que celles qui seront intervenues en faveur de la liberté. Quant aux mots *Si non alio jure,* etc., il me semble qu'on leur donne une signification qu'ils n'ont pas : ces mots veulent dire tout simplement : S'il n'y a pas d'autres causes de nullité ou de rescision, que j'étudierai à la fin de cette étude, comme le défaut d'un des éléments de la convention, l'incapacité, le dol, la violence, etc.

84. — Réfutons donc maintenant les deux arguments sérieux de l'opinion contraire. On dit d'abord qu'il serait choquant de pouvoir déroger, au moyen d'une transaction, au principe de l'inaliénabilité de la liberté. Cette observation est juste, mais elle n'est qu'une critique adressée à l'auteur de la constitution, critique à laquelle je m'associerais volontiers. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il y a une différence entre la transaction par laquelle on se reconnaît esclave, et l'aliénation directe de la liberté, car quand on abandonne sa prétention à la liberté par une transaction, c'est qu'on sait généralement que le bien-fondé de sa prétention est fort douteux,

tandis que, dans une aliénation directe, on abandonne sa liberté dores et déjà certaine, pour tomber dans l'esclavage. Enfin, il va de soi que, s'il est démontré que cette prétendue transaction cache une véritable aliénation d'un état de liberté certain, elle est nulle.

85. — C'est peut-être l'autre objection qui est plus embarrassante, à savoir qu'il n'y aurait pas de concessions réciproques, un des éléments essentiels de la transaction. Cependant elle n'est pas encore assez forte pour m'arrêter. En effet, bien que le maître ne puisse jamais être tenu civilement envers son esclave, il peut très-bien l'être naturellement (L. 64, D., *de cond. ind.*, 12, 6 ; — L. 7, § 6, D., *de peculio*, 15, 1 ; — L. 20, § 2, D., *de statuliberis*, 40, 7). Or il est à peine besoin de dire que les concessions réciproques, essentielles à la transaction, peuvent rester à l'état d'obligations naturelles, car tout le monde admet la validité d'une transaction faite par un simple pacte, avant même qu'elle reçoive son exécution, cas auquel elle n'engendre que des obligations naturelles [1].

Sans doute, pendant l'esclavage, cette obligation naturelle du maître ne produira aucun effet, mais il y a mille circonstances par suite desquelles l'esclave devient libre. Une fois libre, l'ex-esclave peut se prévaloir de cette obligation, si l'occasion s'en présente. D'ailleurs,

[1] La question de savoir si un pacte nu engendre des obligations naturelles est controversée, mais je n'ai pas le temps d'entrer ici dans les détails de la discussion, qui n'a pas d'importance pour la solution de la question traitée au texte. Je me contente de citer les principaux textes sur lesquels je m'appuie pour soutenir l'affirmative. Ce sont les lois 5, § 2, D., *de solut.*, 46, 3 ; 84, § 1, D., *de reg. jur.*, 50, 17 ; 22, C., *de usur.*, 4, 32. Cf. n° 32, 3e note.

dans une hypothèse qui me paraît avoir dû être assez fréquente, la transaction produira un effet beaucoup plus énergique : voici cette hypothèse. Une personne se prétend maître d'une autre, qui se prétend, elle, libre. Une transaction intervient entre elles, par laquelle le prétendu esclave consent à être esclave, à la condition que l'autre l'affranchira au bout d'un certain nombre d'années. En vertu d'une innovation de Marc-Aurèle, si le maître n'affranchit pas son esclave au terme convenu, je crois que cet esclave pourra réclamer la liberté devant le préteur à Rome, et devant le président en province (Arg. LL. 4 et 5, D., *de manum.*, 40. 1) [1].

[1] On pourrait être tenté, dans l'opinion que je combats, de titrer des arguments de deux textes du Code (L. 26, C., *de trans.*; — L. 10, C., *de liberali causa*, 7, 16). Le premier de ces textes nous dit qu'une mère n'a pas le droit de rendre ses enfants esclaves, par une transaction qu'elle conclurait. Mais ce texte, qui remonte d'ailleurs à Dioclétien et à Maximien, tranche surtout la question des pouvoirs nécessaires pour transiger : la mère, en effet, n'a aucune qualité pour transiger pour ses enfants ; elle serait doublement mal venue à prétendre transiger sur la question de la liberté de ses enfants, question qui était alors soustraite au commerce, même pour une personne qui aurait la capacité et le pouvoir de transiger. Quant au second texte, l'argument qui en est tiré est plus sérieux : il y est dit en effet qu'un homme libre ne peut devenir esclave par un pacte privé. Cet argument, cependant, peut être réfuté par les deux considérations que voici. D'abord, ce texte peut vouloir dire simplement qu'on ne peut aliéner sa liberté par une convention, proposition qui n'a jamais été contestée. Mais, alors même qu'il se rapporterait aussi à la transaction, il ne prouverait rien contre notre opinion, car il est aussi de Dioclétien et Maximien. Nous avons vu en effet que ces empereurs interdisaient de transiger sur les questions de liberté.

L'auteur d'une thèse de doctorat, que j'ai déjà eu l'occasion de citer (M. Dumas, pp. 40 à 42), soutient une opinion un peu fantaisiste. D'après lui, la transaction favorable à la liberté aurait été de tous temps valable ; seulement, avant la Constitution d'Anastase, il aurait fallu que la personne prétendue esclave commençât par nier cet état. Depuis cet empereur, toujours d'après l'honorable docteur, la transaction consacrant l'état de liberté serait valable, même lorsque le

86. — On a prétendu que la constitution d'Anastase n'a trait qu'aux transactions intervenues sur des procès déjà pendants (Accarias, *Thèse*, p. 62). Cette opinion, qui ne paraît s'appuyer que sur les mots : *Litigiis jam motis et pendentibus, seu postea.... movendis*, de la loi 43, nous semble devoir être écartée. D'abord, il est pour le moins hardi de dire que ces mots supposent nécessairement des transactions intervenues sur des procès pendants, et alors même qu'ils signifieraient toujours des procès déjà intentés, il est beaucoup plus vraisemblable que l'auteur de la constitution aurait statué *de eo quod plerumque fit.* De plus, il n'y a pas de raison plausible pour faire cette distinction ; à ceux qui disent que l'empereur aurait voulu que l'incertitude du droit soit aussi manifeste que possible, nous répondons que les contestations non encore portées devant la justice sont souvent beaucoup plus sérieuses que la plupart des procès déjà pendants, et qu'il est absolument puéril d'exiger qu'elles soient portées devant les tribunaux pour qu'elles puissent être terminées par des transactions, parce qu'on peut toujours recourir à la justice, avant de conclure la transaction, même sur une contestation peu sérieuse [1].

prétendu esclave n'aurait pas nié cet état. Quant à la transaction défavorable à la liberté, elle serait toujours restée interdite. Cette opinion que l'auteur s'est abstenu d'appuyer par aucun argument, ne me paraît pas assez sérieuse pour être réfutée.

[1] Peut-être l'éminent auteur a-t-il mal lu la fin du chapitre des *Observationes* de Cujas, que nous avons cité. Il y est dit : *Anastasii Constitutio.... vult valere transactionem factam de statu et condicione adscripticia, vel servili, videlicet si* DE EA LIS DUBIA *necdum finita fuerit : denique* POST LITEM FACTAM VALERE, ANTE LITEM MOTAM VEL CONTESTATAM NON VALERE, *vel sic, de condicione servili aut adscripticia,* DE QUA NON AMBIGITUR, *non licere...* En effet, les mots : *post litem factam valere, ante litem motam vel contestatam non valere*, sembleraient au premier abord appuyer l'opinion de

87. — Les auteurs grecs, dont Cujas rapporte le témoignage, nous apprennent aussi qu'avant cette constitution d'Anastase, toute transaction sur le colonat, comme celle qui portait sur la question de liberté, était interdite. Anastase permit également cette transaction. Mais, pour le colonat, tout le monde est d'accord pour admettre que la transaction même consacrant cet état est valable, parce que 1° on peut devenir colon par une convention; et que 2° le colon peut acquérir pour lui. N'est-ce pas là une preuve que la transaction même en faveur de l'esclavage est valable, car si l'empereur parle ensemble de l'un et de l'autre état, c'est qu'apparemment, il veut les assimiler l'un à l'autre?

88. — Il va sans dire que cette constitution, spéciale à la question de liberté, ne saurait être étendue par analogie aux autres questions d'état. Mais, pour la question d'ingénuité, on pourrait être tenté de s'appuyer sur deux textes relatifs au serment, pour décider que la transaction sur une question d'ingénuité est valable, quand elle est favorable à l'ingénuité, tandis qu'elle est nulle si elle a pour but de consacrer l'état d'affranchi. En effet, le premier de ces deux textes est la loi 30, § 4, D., *de jurej.*, 12, 2, qui décide que le serment par lequel une personne affirme qu'elle est ingénue, a pour effet de la faire échapper au *jus patronatus*. Le second texte, la loi 14,

M. Accarias; mais, si on les combine avec les mots qui précèdent: *de ea lis dubia*, et ceux qui suivent: *de qua non ambigitur*, on verra bien que Cujas veut simplement dire par là que la constitution d'Anastase permet une transaction sérieuse sur la question de liberté, qui suppose une contestation réelle entre les deux parties; mais qu'elle ne permet pas une prétendue transaction par laquelle on déclarerait esclave un homme libre ou vice versa, sans qu'il y ait aucune contestation.

D., *de jure patron.*, 37, 14, déclare au contraire que le serment par lequel un prétendu patron affirme son droit ne le rend pas patron. D'où l'on pourrait conclure par analogie que la transaction sur la même question d'ingénuité serait valable, quand elle consacrerait l'état le plus favorable, et nulle dans le cas contraire. Nous avons déjà démontré qu'il ne faut pas confondre le serment et la transaction (n° 27). Dès lors, on ne saurait admettre en matière de transaction une décision aussi dérogatoire aux principes généraux que celle qui résulte de la loi 30, *de jurej.*, en se fondant uniquement sur une analogie qui est loin d'être complète [1]. Il nous semble beaucoup plus sage de nous en tenir à la décision contenue dans la loi 8, C., *de ingenuis manum.*, 7, 14: *Pactum nec servis, nec libertinis ingenuitatem adsignat* [2], et de dire qu'il est impossible de transiger sur une question d'ingénuité.

[1] J'ai lu dans une thèse, que j'ai déjà eu occasion de citer plusieurs fois (M. Jaubert, p. 58), que ce texte aurait trait au serment judiciaire. Cette supposition, que l'auteur a eu soin de ne pas démontrer, car il lui aurait été très-difficile de trouver un argument, me paraît inadmissible. En effet, aucun terme de ce §, ni même de ce fragment tout entier, ne me permet de conjecturer qu'il s'agit là d'un serment judiciaire: c'est plutôt le contraire qui saute presque aux yeux, parce que Paul ne se serait pas amusé à déclarer gravement une notion si évidente que le serment prêté par le défendeur sur la délation du demandeur a pour effet, soit le refus de l'action, soit l'absolution du jureur. Bien mieux, la fin de la loi 28, dont la loi 30 paraît être la suite, concerne certainement le serment extrajudiciaire, ce qui permet de supposer qu'il s'agit de la même espèce de serment dans la loi 30. Cette conjecture est d'autant plus probable que le texte de Triphoninus qu'on a intercalé entre ces deux fragments concerne évidemment aussi le serment extrajudiciaire.

[2] Dans l'opinion contraire, on pourrait peut-être tirer argument de la fin de ce texte : *Nec his, qui transactioni non consenserunt, quicquam præjudicare potest.* En effet, par argument *a contrario*, on pourrait dire que, si cette transaction ne peut être opposée à ceux qui n'y ont pas consenti, parce qu'il est de principe qu'une convention ne nuit pas aux tiers, elle produira effet entre les parties. Ainsi

89. — Quant aux questions de *status civitatis* et de *status familiæ*, il faut décider qu'elles ne peuvent jamais faire l'objet d'une transaction, attendu qu'elles ne sont pas dans le commerce. On a voulu admettre le contraire, en s'appuyant sur la loi 10, C., *de trans.*, qui dit que la transaction conclue entre un oncle et ses neveux sur la succession du père de ceux-ci et sur leur état *(de paterna successione, ac statu)* doit être respectée [1]. Mais ce texte visait vraisemblablement une hypothèse où la question de succession dépendait de celle d'état, et où l'on était conduit à trancher accessoirement la question d'état, en voulant régler la succession par une transaction. Donc, il ne prouverait pas du tout que cette transaction serait opposable en dehors de la question de succession. En tout cas, on n'est pas autorisé à admettre une dérogation aux principes généraux, en s'appuyant sur un texte si obscur [2].

interprétée, cette constitution dirait une chose trop naïve. Il est bien plus vraisemblable que celui qui a consulté les empereurs Dioclétien et Maximien, auteurs de ce texte, ou provoqué cette consultation, étant précisément un tiers, les empereurs ont ajouté, après avoir déclaré d'une manière générale que toute transaction sur ingénuité était nulle, que d'ailleurs, celui contre qui on prétendait opposer la transaction dans l'espèce était étranger à cette convention. Au reste, on ne saurait admettre une dérogation si grave aux principes généraux, en se fondant uniquement sur des termes si peu concluants, qui se trouvent dans un texte.

[1] Dumas, p. 42.

Je ne cite que pour mémoire l'opinion, qui me paraît inadmissible, de M. Jaubert (p. 58), d'après laquelle le mot *status*, employé dans ce texte, signifierait non l'*état des personnes*, mais l'*état des choses*.

[2] On a essayé d'expliquer cette différence entre la question de liberté et les autres questions d'état, par cette considération « qu'il n'est pas de l'essence de l'esclavage de durer à perpétuité, tandis que les qualités d'ingénu ou d'affranchi, d'enfant légitime ou d'enfant naturel, une fois acquises, sont, en principe, ineffaçables. » (Accarias, *Thèse*, p. 63.) Mais, si cette observation était juste, il faudrait décider

SECTION II

DES CRIMES ET DÉLITS

90. — Un principe domine toute la matière des conventions, et par suite celle de la transaction, c'est qu'une convention peut porter sur un intérêt privé, mais non sur un intérêt public. Ce principe trouve surtout son application à propos des transactions sur crimes et délits.

Il y a un autre principe non moins important, c'est l'impossibilité d'une convention sur un délit[1] futur (L. 27, § 4, D., *de pactis*, 2, 14). De telles conventions, en effet, seraient contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

De la combinaison de ces deux principes, il résulte qu'on ne peut jamais transiger sur un délit futur, et que, quant aux délits déjà commis, ils peuvent faire l'objet d'une transaction, toutes les fois qu'il n'y a pas d'intérêt public engagé.

Pour savoir comment les Romains appliquaient ce dernier principe, qui est certainement moins facile à appliquer que l'autre, il importe de distinguer : 1° les *delicta privata*[2], qui donnent naissance à une action pénale

que la qualité de citoyen romain, qui peut s'acquérir et se perdre, peut faire l'objet d'une transaction, ce que l'auteur ne paraît pas admettre (p. 62).

[1] J'entends ici par *délit* tout *crimen* aussi bien qu'un délit civil, voire même un quasi-délit.

[2] Je désigne sous cette dénomination tous faits illicites qui engendrent une action pénale. Ainsi elle embrassera les quasi-délits aussi bien que les délits proprement dits. Cette distinction entre les délits et les quasi-délits soulève d'ailleurs des difficultés, que je m'abstiens d'examiner, parce qu'elles sont dénuées d'intérêt pratique. V. les différents systèmes dans Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 618, note 2.

pécuniaire au profit de la partie lésée; 2° les *crimina privata*, qui engendrent au profit de la seule partie lésée une action criminelle; 3° enfin les *crimina publica*, d'où résulte un *judicium publicum* au profit de tout le monde et tendant à l'application d'une peine criminelle.

§ I. — Des *delicta privata*

91. — Les actions pénales résultant de *delicta privata* sont dans le patrimoine de la partie lésée, qui peut en disposer comme elle entend. Elles peuvent donc faire l'objet d'une transaction (L. 7, § 14, D., *de pact.*, 2, 14). Cette transaction présente cependant quelques particularités. Nous avons déjà vu (n° 43) que les actions *furti* et *injuriarum* s'éteignent *ipso jure* par un simple pacte. En voici une autre, qui est plus générale: les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, et *de dolo*, qui entraînent l'infamie, quand elle saboutissent à la condamnation, l'entraînent également, quand elles font l'objet d'une transaction (LL. 1; 4, § 5, D., *de his qui notant. infam.*, 3, 2) parce que, dit Paul (L. 5, D., *de his qui notant. infam.*, 3, 2), on considère qu'il y a aveu de la part de l'accusé. Mais il faut pour cela qu'il s'agisse d'une *transaction librement consentie*, il en résulte : 1° que, s'il n'y a qu'une remise gratuite, l'accusé n'encourt pas l'infamie; 2° qu'il en est de même, quand la transaction a lieu sur l'ordre du préteur (L. 6, § 3, D., *de his qui notant. infam.*, 3, 2; — L. 18, C., *ex quibus caus. infam. irrogat.*, 2, 12). Seulement on peut se demander dans quel cas le préteur pourrait ordonner cette transaction.

§ II. — Des *crimina privata*

92. — Pour ces actions, il n'y a pas de texte précis. Mais nous avons un texte d'Ulpien (L. 7, § 1, D., *ad SC. Turp.*, 48, 16), d'après lequel la victime d'un stellionat, d'un dépouillement d'hérédité, d'un vol, ou d'une injure, qui, au lieu d'agir civilement, a agi criminellement et qui s'est désistée ensuite, sera punie, non pas d'après le sénatus-sonsulte Turpillien, qui ne s'applique qu'aux *crimina publica* et dont nous parlerons longuement dans le paragraphe suivant, mais *officio judicis*. Il en résulte qu'une transaction par laquelle le plaignant abandonne son *crimen privatum* est un acte illicite à son égard : donc elle est nulle. Si elle est nulle à son égard comme étant illicite, il est difficile d'admettre qu'elle est valable à l'égard du *reus* : donc elle est nulle et à l'égard de l'accusateur et à l'égard de l'accusé.

On peut ajouter que les termes de la loi 9, C., *de contr. et commit. stipul.*, 8, 38, sont assez larges pour qu'on puisse les appliquer aussi bien aux *crimina privata* qu'aux *crimina publica*. Voici ce qu'on y lit : *Sin autem ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, cum de hujusmodi causis pacisci non liceat, petitio denegatur.*

93. — Ce premier point une fois admis, reste à savoir si l'accusé est tenu pour *confessus*. Ici encore, nous n'avons pas de texte précis. On pourrait être tenté de conclure de la loi 7, D., *de prævaric.*, 47, 15, que l'accusé sera considéré comme ayant avoué. Voici ce que nous dit Ulpien dans ce texte : « Dans toutes les causes,

excepté celles qui emportent la mort, celui qui corrompt son délateur est tenu pour vaincu, en vertu du sénatus-consulte. » Mais ce texte n'a trait visiblement qu'aux *judicia publica*. En effet, d'abord, le mot *delator* suppose une accusation publique. Ensuite, le jurisconsulte parle d'un sénatus-consulte ; ce sénatus-consulte est vraisemblablement le sénatus-consulte Turpillien, qui, comme nous venons de le voir au numéro précédent, ne concerne que les *crimina publica*, car celui dont parle un autre texte du même titre (L. 3, § 3) est certainement le Turpillien. Enfin, tous les autres textes de ce titre visent, sans aucune espèce de doute, les *judicia publica* ; il est donc difficile d'admettre que ce seul texte de ce titre vise les *crimina privata*, en même temps que les *crimina publica*.

94. — Ainsi la loi 7, *de prævaric.*, ne s'applique pas aux *crimina privata*. Faut-il en conclure, comme on l'a fait [1], que l'accusé ne sera point tenu pour *confessus*? Il nous semble que non. Nous avons vu, en effet, dans le paragraphe précédent (n° 91), que, même dans les actions civiles résultant de *delicta privata*, le *reus* est tenu pour *confessus*, et par suite, encourt l'infamie toutes les fois que les actions sont infamantes. Comment veut-on qu'un *reus*, qui serait considéré comme ayant avoué, s'il transigeait sur une action civile résultant de son méfait, ne le soit pas, quand il transige sur une action criminelle résultant du même méfait? Ce raisonnement, irréfutable à notre avis, a conduit les auteurs que nous venons de citer à admettre que le *reus* sera noté d'infamie. Que n'admettent-ils pas

[1] Accarias, *Thèse*, p. 83 ; Dumas, *Thèse*, pp. 44 et 45.

alors, par une logique bien naturelle, que le *reus* sera aussi tenu pour *confessus*, tout comme dans l'action civile? Sans doute, la conséquence n'est pas la même dans les deux cas, puisque, dans l'action civile, cette fiction exorbitante n'entraîne que l'infamie, ce qui est déjà trop, tandis qu'elle peut entraîner en outre une condamnation criminelle dans l'action criminelle [1]. Mais cela tient à la différence de nature des deux actions. En tous cas, la loi romaine ne semble pas avoir craint d'attacher cette conséquence grave à la fiction dont il s'agit, car elle l'admet, comme nous allons voir, en matière de *crimina publica*, c'est-à-dire de ceux qui peuvent emporter des peines plus graves que les *crimina privata* [2].

95. — On sait qu'un même fait peut engendrer à la fois une action civile et une action criminelle. Dans ce cas, la transaction peut valablement intervenir sur la première, non sur la seconde. Si l'on suppose qu'une transaction soit intervenue sur l'action civile, la partie lésée peut-elle de nouveau intenter l'action criminelle? Nous ne le croyons pas, car on ne peut que choisir entre les deux actions, et que, dans l'hypothèse, l'action civile a été éteinte volontairement par une transaction valable, ce qui entraîne aussi l'extinction de l'action criminelle (Arg., L. 56, § 1, D., *de furt.*, 47, 2).

[1] Nous verrons dans le paragraphe suivant que cette fiction n'entraine pas nécessairement la condamnation.

[2] L'auteur d'une autre thèse (Jaubert, p. 65) veut faire résulter de ce que l'accusateur est puni, que l'accusé doit être puni également. C'est une logique assez singulière. En tous cas, si l'accusé peut être puni, comme nous le soutenons au texte, ce n'est pas la transaction elle-même qui est punissable chez lui, comme chez l'accusateur, et le juge ne pourra jamais le punir que comme auteur du méfait qui a causé l'accusation.

§ III. — Des *crimina publica*

96. — Les Romains comprenaient très-bien cette vérité incontestable que les crimes portent atteinte non-seulement à la victime, mais à la société tout entière. D'où ils tiraient cette conséquence que tout le monde pouvait les poursuivre. Ils admettaient, il est vrai, comme nous venons de voir, certaines exceptions à ce principe, — dont quelques-unes étaient peut-être regrettables, — pour lesquelles la victime était seule autorisée à poursuivre le coupable. Mais, pour les autres crimes, ils accordaient à tout le monde le droit de les poursuivre. Cette application de l'idée que nous avons formulée en commençant n'était certainement pas heureuse : nous préférons à ce système, plein de dangers, celui qui est en vigueur aujourd'hui à peu près partout et qui consiste à charger des magistrats spéciaux de poursuivre les criminels. Mais, puisque, bon ou mauvais, le système d'accusation publique existait à Rome, il fallait prohiber toute convention qui pût l'entraver. Voilà pourquoi on déclarait nulle une convention par laquelle une personne promettrait de ne point poursuivre une autre pour un crime commis par celle-ci. C'est ce que décide Paul (*Sent.*, 1, 1, § 7) : *De criminibus propter infamiam nemo cum adversario pacisci potest*[1]. C'est ce que décide aussi la loi 9, C., *de contr. et comm. stipul.*, 8, 38. Nous

[1] Les *crimina propter infamiam* ne peuvent être que les *crimina publica*, car, bien que les *crimina privata* qui, poursuivis civilement, entraîneraient l'infamie, comme le vol, le rapt, l'injure, entraînent à plus forte raison cette déchéance, quand ils sont poursuivis *extra ordinem*, ce sont les *crimina publica* seuls qui entraînent toujours l'infamie (L. 7, D., *de publicis judiciis*, 48, 1).

avons vu (n° 92) que l'on peut dire que ce dernier texte s'applique aussi aux *crimina privata*, mais ils visent surout les *crimina publica*. Ainsi toute transaction par laquelle une personne abandonne une action publique, résultant d'un crime commis par une autre personne est nulle : voilà le premier principe.

97. — Ce n'est pas la seule sanction légale. Les Romains ne se bornaient pas à déclarer cette transaction nulle, mais ils la punissaient. Les règles n'étaient pas les mêmes pour l'accusateur et pour l'accusé.

Étudions donc d'abord ce qui concerne l'accusateur. Il faut encore distinguer suivant que la transaction intervient avant ou après le commencement du procès. Le procès est réputé commencé, *causa ordinata*, *accusatio instituta*, lorsque l'accusateur a présenté le *libellus acucsationis*, signé de lui, et qu'il s'est engagé avec satisdation à poursuivre le procès jusqu'à la sentence (L. 7, pr. et § 1, D., *de accusat.*, 48, 2 ; — L. 3, C., *de his qui accus. non poss.*, 9, 1 ; — L. 1, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45).

Si la transaction intervient avant la *causa ordinata*, la sanction pénale est double pour l'accusateur : 1° celui-ci est assimilé au concussionnaire ; mais, tandis que la concussion donne généralement lieu à un *crimen privatum*, ici il y a un *crimen publicum*, et la peine est celle de la loi Cornelia *de falsis*, c'est-à-dire la déportation et la confiscation générale (L. 2, D., *de concus.*, 47, 13 ; — L. 1, § 13, D., *de lege Cornel. de fals.*, 48, 10 ; — L. 6, D., *de lege Jul. repetund.*, 48, 11) ; 2° l'accusateur perd en outre son *jus accusandi* (LL. 4 et 8, D., *de accusat.*, 48, 2) [1].

[1] Les auteurs des thèses que j'ai déjà citées (Accarias, p. 66 ; Jau-

98. — Si, au contraire, l'accusateur transige après la poursuite commencée, il tombe sous le coup du sénatus-

bert, pp. 60 et 61 ; Dumas, p. 45) prétendent, je ne sais trop pourquoi, que notre accusateur sera en outre tenu de l'action *in factum de calumnia*, qui est une action mixte au quadruple. En effet, les textes qu'ils citent (L. 1, § 1 ; L. 5, § 1, D., *de calumn.*, 3, 6) donnent bien cette action contre un individu qui reçoit de l'argent en menaçant un autre de lui intenter un procès criminel, mais seulement quand il le fait *calumniæ causa*, et aucun texte, que je sache, ne donne cette action contre quelqu'un qui n'est pas coupable de *calumnia*. M. Accarias (pp. 75 et 76) invoque la loi 3, § 2, D., *de calumniat.*, à propos de la transaction intervenue après la poursuite et paraît soutenir que ce texte vise à la fois la transaction intervenue avant la poursuite et celle qui y est postérieure : il admet implicitement par là que cette action *in factum de calumnia* est aussi donnée contre l'accusateur qui tombe sous le coup du sénatus-consulte Turpillien, ce qui vaudrait bien la peine d'être dit expressément. Mais, à mes yeux, ce texte, pas plus que les autres textes du même titre, ne vise un cas où il n'y a pas chicane, *calumnia*. En effet, Ulpien vient de dire dans la loi 1, § 3, que ce que l'édit veut frapper par cette action est la *calumnia*, et non la transaction qui n'est pas interdite en principe ; dès lors, il est inadmissible que le même jurisconsulte, lorsqu'il ajoute dans la loi 3, § 2, qui est visiblement la suite de la loi 1, que cet édit s'applique aussi aux transactions honteuses, veuille dire que cette dernière catégorie de transactions tombe sous le coup de l'édit, alors même qu'il n'y aurait pas de *calumnia*. L'éminent jurisconsulte ne se serait pas exprimé en des termes si laconiques, si réellement il avait voulu admettre par là une restriction à la proposition qu'il vient de formuler. En tous cas, pour admettre l'action *de calumnia* dans un cas où il n'y a pas de *calumnia*, alors surtout que l'édit qui donne cette action exige formellement la condition de la *calumnia* (L. 1, pr., D., *de calumn.*, 3, 6), il faudrait un texte plus formel que la loi 3, § 2. Voici, à mon avis, le vrai sens de ce texte. Le jurisconsulte vient de dire dans le § 1 que, quand on reçoit quelque chose pour intenter une action ou pour ne pas l'intenter, qu'on exécute ou non cette convention, on tombe toujours sous le coup de l'action *de calumnia*. Il ajoute maintenant dans le § 2 que, si l'on transige après avoir intenté une action, l'édit ne s'en applique pas moins. Mais il suppose dans ce paragraphe, comme dans le précédent, l'existence de cette condition essentielle de la *calumnia*. Qu'on ne dise pas que, si c'était là le sens véritable du § 2, le jurisconsulte y dirait une chose trop naïve ! Les termes de l'édit ne visant que le cas où l'on reçoit de l'argent *calumniæ causa, pour intenter ou pour ne pas intenter un procès*, il était nécessaire à

consulte Turpillien. En voici la disposition : une fois la poursuite commencée, ce n'est pas seulement la transaction, comme dans le cas précédent, mais même le désistement gratuit, qu'on punira. Si l'accusateur de bonne foi reconnaît son erreur, il devra demander l'*abolitio* au magistrat (L. 1, § 7, D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16 ; — L. 1, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45). Cette autorisation du magistrat ne s'obtiendra qu'avec le consentement de l'accusé ; il faudra en outre que l'accusateur n'ait pas agi par *calumnia ;* enfin, l'*abolitio* sera impossible, quand il aura reçu quelque chose pour se désister, c'est-à-dire en cas de transaction (L. 15, § 2 ; L. 18, pr., D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16 ; — L. 2, C., *de abolit.*, 9, 42). Si le délateur se désiste sans avoir obtenu cette *abolitio,* il sera qualifié *tergiversator* (L. 1, § 1, D., *ad SC. Turpil.*, 48, 16), et il sera puni : 1° d'une peine de 5 livres d'or (L. 3, § 3, D., *de prævar.*, 47, 15) ; 2° d'une peine criminelle, abandonnée au pouvoir discrétionnaire du magistrat (L. 2, C., *ad SC. Turpill.*, 9,45) ; 3° de l'infamie, qui entraîne la déchéance du *jus accusandi* (L. 4, D., *de accus.*, 48, 2 ; — L. 6, § 3, D., *de decur.*, 50, 2). Cette sévérité particulière s'explique par cette considération que l'accusateur qui a présenté le *libel-*

son commentateur de dire qu'on tombe sous son application, si l'on transige après avoir intenté le même procès [a]. Maintenant, en fait, lorsqu'une personne transige sur une accusation publique, elle peut être considérée le plus souvent comme agissant dans un esprit de chicane, ce qui constituerait une *calumnia.* Mais ce ne serait pas une raison pour l'ériger en une présomption légale, en l'absence d'un texte spécial.

[a] L. 3, § 1, D., *de calumn.*, 3, 6 : *Si igitur accepit, ut negotium faceret, sive fecit, sive non fecit, et qui accepit, ne faceret, et si fecit, tenetur.*

§ 2 : *Hoc edicto tenetur etiam is, qui depectus est.* DEPECTUS *autem dicitur turpitur pactus.*

lus accusationis et qui s'est engagé à poursuivre le procès jusqu'au bout, contracte, à l'égard de la société, l'obligation de faire condamner l'accusé, si celui-ci est coupable; à l'égard de l'accusé, celle de le faire déclarer innocent, si ce dernier n'est pas coupable; enfin, à l'égard de la société et de l'accusé à la fois, celle de subir les condamnations criminelle et civile pour calomnie, s'il a lancé de mauvaise foi une accusation fausse. En effet, dans ce dernier cas, le *calumniator* sera condamné à la même peine que celle dont l'accusé serait passible, s'il était coupable (L. 17, C., *de accusat.*, 9, 2; — L. 10, C., *de calumn.*, 9, 46).

99. — Si le désistement gratuit était si sévèrement puni, la transaction était *à fortiori* frappée avec la même sévérité.

Nous venons de voir même qu'en cas de transaction, l'*abolitio* n'était jamais accordée. De même, les femmes qui, dans les cas exceptionnels où elles pouvaient exercer le *jus accusandi*, avait le droit de se désister gratuitement sans *abolitio*, ne pouvaient pas transiger, sous peine de tomber sous le coup du sénatus-consulte Turpillien (L. 1, § 10; L. 4, pr., D., *ad SC. Turpil.*, 48, 16; — L. 5, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45).

Ainsi se dégage un second principe: La transaction sur un *crimen publicum* est toujours punissable du côté de l'accusateur, quel que soit le moment où elle intervient.

100. — Quant à l'accusé, il ne sera pas puni, s'il fait une transaction avant le commencement de la poursuite. Il ne le sera pas non plus, si son adversaire se désiste gra-

tuitement. Mais il n'en sera plus de même, si le *reus* transige après la poursuite commencée: là, en effet, la société a droit acquis à ce que la lumière se fasse, et comme la transaction, à la différence du désistement gratuit, est l'œuvre commune du *reus* et du *delator*, elle est tout aussi imputable à l'un qu'à l'autre. D'où les Romains décidaient que cet accusé serait puni d'une peine pécuniaire de 500 solides (L. 34, D., *de jure fisci*, 49, 14). Mais ils allaient plus loin, et c'est là une véritable exagération: ils se disaient que celui qui transigeait reconnaissait par là qu'il était impuissant à se défendre, qu'il avouait implicitement sa culpabilité. Ils le déclaraient donc *confessus* ou *victus* (L. 7, D., *de prævar.*, 47, 15; — LL. 4, et 29, pr., D., *de jure fisci*, 49, 14).

Je dis que c'est là une véritable exagération, car il n'est pas rare de voir des gens honnêtes donner une somme d'argent à un accusateur, pour se débarrasser de l'ennui que peut leur causer un procès criminel, plus désagréable qu'un procès civil. Ainsi, si l'on comprend que la loi punisse, dans une législation qui ouvre le droit d'accusation à tout le monde, un accusateur de mauvaise foi, qui, après avoir intenté une action criminelle, soit pour satisfaire sa haine contre quelqu'un, soit pour en faire un moyen de gagner de l'argent, se désiste pour échapper aux conséquences de la calomnie ou par suite d'une transaction qu'il a réussi à conclure, on ne comprend point cette présomption légale que l'accusé qui transige est coupable, erreur que les Romains eux-mêmes paraissent avoir fini par reconnaître en partie, si l'on en juge par l'exception qu'ils apportaient à cette règle et que nous étudierons bientôt.

Toutefois il ne faudrait pas se méprendre sur la por-

tée de cette présomption. Le *confessus* n'est pas le *damnatus*. Après la *confessio*, il reste encore au magistrat de déterminer la peine et même d'examiner la valeur de l'aveu (L. 29, pr., D., *de jure fisci*,, 49,14; — L. 2, C., *de abolit.*, 9, 42).

Quoi qu'il en soit, voici notre troisième principe : l'accusé qui transige avant la poursuite n'est pas puni; mais, transigeant après, il est puni.

101. — A ce troisième principe, il y a une exception : pour les crimes entraînant une condamnation à mort, la transaction est impunie du côté de l'accusé (L. 7, D., *de prævaric*, 47, 15; — L. 1, D., *de bon. eor. qui ante sent.*, 48,21). Ulpien explique cette exception par cette considération que l'accusé menacé de mort est excusable de vouloir sauver sa vie par tous les moyens possibles (L. 1, D., *de bon. eor. qui ante sent.*).

Cette explication n'est pas bien satisfaisante, car si l'accusé était excusable de vouloir sauver sa vie par tous les moyens possibles, ne le serait-il pas aussi de vouloir sauver par exemple sa liberté ou sa qualité de citoyen, dont la perte serait plus pénible pour certaines gens que la mort même? Il vaut mieux y voir un tempérament à un principe exorbitant, inspiré par l'équité et le bon sens. On aurait dû aller plus loin et supprimer complètement le principe même, qui était mauvais [1]. Cette exception paraît d'ailleurs n'avoir pas existé dans le droit primitif : ce sont des empereurs qui introduisirent cette exception, qu'on doit considérer comme heureuse, à défaut de la suppression du principe (L. 1, D., *de bon. eor. qui ante sent.*)

[1] Cf. le nº précédent.

102. — Ainsi, des trois principes que nous avons vus, le dernier, relatif au *reus*, reçoit une exception certaine en cas de crimes punis de mort. Mais les deux autres principes : nullité de la transaction et punition de l'accusateur, reçoivent-ils aussi une exception dans ce cas? On l'a soutenu, mais nous ne le croyons pas, et voici d'abord les raisons qui nous ont déterminé dans ce sens :

1° Puisqu'il s'agit d'une exception aux principes, il faudrait, pour l'admettre, un texte formel, qui n'existe pas à notre sentiment.

2° Le motif qui explique l'exception au troisième principe n'expliquerait plus celles qui seraient apportées aux deux autres principes (V. n° 101).

3° Si nous pouvons arriver à prouver que le désistement gratuit de la part de l'accusateur est toujours puni, même en cas d'accusation capitale[1], nous prouverons par là même que la transaction, dans le même cas, est punie à plus forte raison. Eh bien ! cette preuve, nous la trouvons dans un texte d'Ulpien (L. 14, § 2, D., *de bonis libert.*, 38, 2). Voici l'hypothèse : un patron qui a introduit une accusation capitale contre son affranchi, étant encore mineur, arrive à la majorité avant la sentence. S'il avait été majeur quand il a introduit l'accusation, il perdrait son droit à la *bonorum possessio contra tabulas* (Ead. L., pr.). Mais, comme il a commencé, par hypothèse, son accusation pendant qu'il était mineur, il faut, dit le jurisconsulte, user d'indulgence à son

[1] Nous employons ici cette expression dans un sens étroit, à l'exemple des textes (L. 1, D., *de bonis eor. qui ante sent.*, 48, 21 ; — L. 18, C., *de trans.*), pour désigner seulement l'accusation qui peut entraîner la mort.

égard, car on ne peut lui reprocher de ne s'être pas désisté, *son désistement sans* ABOLITIO *étant puni par le SC. Turpillien* et l'*abolitio* ne pouvant s'obtenir facilement [1].

4° Enfin, tout accusateur doit commencer par s'engager avec satisdation qu'il continuerait sa poursuite jusqu'à la sentence (L. 7, § 1, D., *de accusat.*, 48, 2; — L. 3, C., *de his qui accusare non poss.*, 9, 1; — L. 1, C., *ad SC. Turp.*, 9, 45). S'il pouvait se désister, et cela en réalisant un bénéfice, que deviendrait cet engagement, qui n'a certainement pas été reçu par l'accusé?

103. — On n'a cependant pas manqué de nous faire des objections plus ou moins spécieuses.

1° D'abord, l'argument fondamental et, il faut en convenir, le plus embarrassant de nos adversaires, résulte d'une constitution de Dioclétien et Maximien (L. 18, C., *de trans.*): *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio,* PROHIBITUM NON EST : *in aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere* NON LICET, CITRA FALSI ACCUSATIONEM. (*Il n'est pas défendu* de transiger ou de faire un pacte sur un crime capital, excepté l'adultère: mais, dans les autres crimes publics, qui n'entraînent pas la peine de mort, *il n'est pas permis* de transiger, *sauf l'accusation de faux.*) Voici ce que l'on dit: Puisqu'*il n'est pas défendu* de transiger sur un crime capital, c'est que la transaction est valable; si elle est valable, c'est qu'elle est licite, et on ne saurait punir l'accusateur, pas plus que l'accusé.

[1] Pour être certain que ce texte s'applique au cas de crimes punis de mort, il suffit de lire le *proœmium* et les §§ 3 et 4 de la même loi.

104. — Cette objection, dont nous ne dissimulons pas la gravité, n'est cependant pas décisive. En effet, tous les autres textes qui posent les principes que nous avons vus sont absolus en ce qui concerne la nullité de la transaction et la punition de l'accusateur ; ils n'admettent de distinction entre le crime capital et les autres que pour le *reus ;* quelques-uns d'entre eux sont même des mêmes empereurs Dioclétien et Maximien ou de princes postérieurs (L. 9, C., *de contr. et committ. stipul.*, 8, 38 ; — L. 2, C., *de abol.*, 9, 42 ; — L. 5, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45). Il faut remarquer aussi que les expressions employées dans notre texte, *prohibitum non est*, *non licet*, ne semblent pas indiquer une innovation de ces empereurs. Notre conclusion est donc que Dioclétien et Maximien n'ont voulu dire par là que ce que nous avons vu plus haut, à savoir que le *reus*, qui ne peut transiger impunément dans toute autre accusation, le peut dans une accusation intéressant sa vie. Maintenant, que la transaction ne soit pas valable et que l'accusateur, lui, soit toujours puni, c'est ce que les empereurs n'avaient probablement pas besoin de dire, n'étant consultés que sur le point de savoir si l'accusé est punissable ou non. Il se peut même que cette dernière circonstance se trouvât mentionnée dans le premier texte du rescrit et que les compilateurs l'aient retranché pour conserver seulement la décision donnée.

105. — 2° Cette objection se tire de la loi 1, § 3, D., *de calumn.*, 3, 6. Voici ce que dit Ulpien dans ce texte : « Une constitution de l'Empereur, — et c'est visiblement une constitution de Caracalla qu'il vise (L. 1, C., *de pœna judicis qui male judic.*, 7, 49), — défend de

donner de l'argent soit au juge, soit à l'adversaire, dans les actions publiques aussi bien que dans les actions privées, et elle décide qu'on perdra le procès pour cette cause. » Et Ulpien se demande s'il faut appliquer cette constitution aux transactions : il répond que non, car ce n'est pas la transaction qu'on interdit, mais la concussion. Donc, dit-on, la transaction sur les crimes capitaux est valable et l'accusateur qui transige n'est pas puni.

Cette objection n'en est pas une. En effet, pour qu'on puisse invoquer ce texte dans l'opinion que nous combattons, il faudrait que ce texte visât le cas de crime capital, ce qui n'est dit dans aucune partie du texte. Bien mieux, le jurisconsulte commence par dire que la constitution dont il s'agit s'applique aussi bien dans les actions publiques que dans les actions privées. Donc il est vraisemblable que, quand Ulpien dit que la transaction n'est pas interdite, il veut parler des transactions licites, et dans les actions privées, la transaction est en principe licite ; car, autrement, on aboutirait à cette conclusion inadmissible que la transaction est permise même dans les crimes non punis de mort.

106. — 3° L'accusateur qui a transigé ne peut plus reprendre l'action ; donc, dit-on, la transaction produit son effet et l'accusateur ne doit pas être puni, et on cite notamment la loi 3, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45. Ce texte suppose qu'une transaction est intervenue, par laquelle l'accusateur s'est engagé à demander d'abord l'*abolitio*, moyennant laquelle l'accusé lui donnera quelque chose. Ayant obtenu l'*abolitio* [1], l'accusateur demande l'exécu-

[1] Cette circonstance, sans être absolument indispensable, nous

tion de la transaction, que l'accusé refuse. Alors il consulte les empereurs Valérien et Gallien sur le point de savoir s'il pourra recommencer l'accusation, et les empereurs répondent négativement. D'où l'on a voulu conclure que la transaction sur un crime capital produit son effet.

Cette objection est encore plus mauvaise que la précédente. En effet, d'abord, les termes du texte sont on ne peut plus généraux, car il n'y est question que d'un crime, d'une accusation. Vouloir restreindre ce texte au cas de crime capital ne serait plus interpréter le texte ; et, à notre sens, c'est avec raison que les auteurs de ce texte s'expriment d'une manière si générale. Il ne décide nullement la question de savoir si la transaction est valable ou non, mais celle de savoir si l'accusateur peut reprendre ou non l'action dont il s'est désisté. Or nous savons que l'accusateur qui se désiste, soit gratuitement, soit en vertu d'une transaction, perd d'une manière générale le droit d'accuser, comme conséquence de l'infamie dont il est frappé, et cela sans distinguer si l'accusation doit entraîner la peine de mort ou non (LL. 4 et 8, D., *de accusat.*, 48, 2 ; — L. 2, § 1, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5 ; — L. 2, D., *ad SC., Turpill.*, 48, 16 ; — L. 6, C., *de his qui accusare non poss.*, 9, 1). Donc, si l'accusateur qui a transigé

semble supposée dans le texte, contrairement à ce que dit M. Accarias (*Thèse*, p. 73, note 1). En effet, si l'accusateur n'avait pas exécuté de son côté ce qu'il avait promis, c'est-à-dire s'il n'avait pas demandé et obtenu l'*abolitio*, comment voudrait-il forcer son adversaire à exécuter la transaction ? Qu'on ne dise pas que, dans ce cas, l'*abolitio* doit être refusée ! Mais l'accusateur qui demande l'*abolitio*, se gardera bien de dire que c'est par suite d'une transaction qu'il la demande : il dira par exemple que c'était par suite d'une erreur ou d'une témérité qu'il a intenté le procès, et le magistrat peut très-bien ignorer la transaction qui se fait sous main.

ne peut plus recommencer son accusation, ce n'est pas du tout par application de la transaction, mais au contraire, par un effet de la punition qui frappe l'accusateur qui est coupable d'avoir fait une transaction interdite [1].

107. — 4° Ce dernier argument de nos adversaires concerne seulement la prétendue impunité de l'accusateur : le voici. On dit : L'accusateur qui succombe encourt la peine du talion (L. 17, C., *de accusat.*, 9, 2; — L. 10, C., *de calumn.*, 9, 46) ; donc celui qui accuse quelqu'un d'un crime puni de mort, s'il succombe, sera lui-même puni de mort. On comprend dès lors, dit-on, que l'accusateur est tout aussi intéressé que l'accusé, à sauver sa vie ; pourquoi alors l'accusateur ne pourrait-il pas, comme l'accusé, chercher son salut dans une transaction ?

Cet argument n'est que spécieux. En effet, de deux choses l'une : ou l'accusateur est de bonne foi, et alors, il ne sera pas *calumniator* (L. 1, §§ 3 et 4, D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16) ; s'il n'est pas *calumniator*, alors même que l'accusé sera absous, il ne sera pas passible de la peine du talion, car celui-là seul sera puni de cette peine, qui sera déclaré *calumniator*. D'ailleurs, dans ce cas, il pourra même obtenir l'*abolitio*, s'il veut se désister gratuitement. Ou l'accusateur est de mauvaise foi, et alors, il sera puni comme *calumniator ;* mais, dans ce cas, il doit s'imputer à lui-même cette conséquence de sa fausse accusation. Il serait inadmissible qu'un coupable de *calumnia* n'eût qu'à recevoir un pot-de-vin de l'ac-

[1] Cf. n° 98.

cusé, pour échapper à sa peine. En tous cas, la situation n'est pas la même pour les deux parties : l'accusé ne peut pas échapper à une accusation qu'on veut lui intenter, tandis que l'accusateur n'a jamais été obligé d'agir.

108. — Nous espérons avoir ainsi démontré que l'exception en cas de crime capital n'existe qu'en faveur de l'accusé. Cette seule exception reçoit encore une exception, et revient ainsi à la règle, dans le cas d'adultère (L. 18, C., *de trans.*).

Pendant longtemps, l'adultère n'était puni que de la relégation et d'une confiscation partielle des biens (Paul, *Sent.*, 2, 26, § 14). C'est Constantin qui décida le premier que l'adultère serait puni de mort (L. 30, § 1, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9; — Nov. 134, cap. 10; — *Scholie des Basiliques*, sur L. 18, C, *de trans.*).[1] Donc désormais, il semblerait que l'adultère aussi fît partie de l'exception dont nous venons de parler. Mais non, la loi 18 nous dit que l'accusé d'adultère ne transigera pas impunément, comme les autres accusés de crime capital. Pourquoi? Voici l'explication qui nous paraît la plus satisfaisante et qui a été donnée par Vinnius (*De Trans.*, chap. VIII).

[1] Si notre loi 18, attribuée à Dioclétien et Maximien, contient cette indication : *Excepto adulterio*, c'est que ces mots furent insérés après, c'est le scholiaste des Basiliques qui nous l'enseigne. Il est vrai qu'Auguste et Caracalla punirent souvent de mort le crime d'adultère, mais on sait que cela était contraire à la loi. On voit aussi une constitution attribuée à Alexandre Sévère (L. 9, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9) édicter la peine de mort contre ce crime, mais l'altération de ce texte résulte clairement de la contradiction qui existe entre le commencement et la fin.

Ajoutons que Justinien (Nov. 134, cap. 10) abaissa la peine de l'adultère, et la femme adultère n'était plus qu'enfermée dans un monastère à perpétuité, à moins que son mari ne la reprît avant deux ans.

Constantin, en même temps qu'il introduisit la peine de mort contre l'adultère, restreignit le droit de dénoncer ce crime et le réserva au mari, au père, aux frères et aux oncles (L. 30, pr., C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9). Dès lors, si l'accusé qui transige était impuni, voici ce qui arriverait souvent : l'accusateur, qui seul peut ou veut poursuivre l'adultère, transigerait serait puni, du moins dans notre système, et perdrait son droit d'accusation, et ceci dans tous les systèmes. Alors il n'y aurait plus personne qui poursuivît de nouveau ce crime; d'un autre côté, l'accusé ne pouvant être considéré comme ayant avoué, resterait impuni. Il faut ajouter que, quand les deux parties doivent être punies, chacune regardera à deux fois avant de transiger, tandis que l'accusé n'étant pas puni, ferait tout son possible pour déterminer son adversaire à abandonner son accusation, et que celui-ci essayerait souvent de tromper le magistrat et d'obtenir l'*abolitio*.

109. — On a proposé d'autres explications, qui ne nous paraissent pas satisfaisantes. On a dit, par exemple, que le crime d'adultère est le plus grave de tous, qu'il peut modifier la composition de la famille, chose importante surtout à Rome. Cette idée, qui n'est certainement pas exacte à nos yeux modernes, car, pour nous, il y a bien des crimes beaucoup plus graves que l'adultère, ne paraît pas l'avoir été davantage à Rome, si l'on songe que ce crime n'y était longtemps puni que de la relégation. Mais il importe peu que cette idée soit exacte ou non, car c'est précisément pour les crimes les plus graves, punis de la peine extrême, qu'existe l'exception favorable à l'accusé, et si le motif de cette exception est bien celui

qu'indique Ulpien[1], il faut convenir que tout accusé de crime capital a le même intérêt à sauver sa vie.

Une autre explication proposée est peut-être plus plausible, sans être tout à fait satisfaisante. On a dit que la loi Julia *de adulteriis* aurait formellement décidé qu'on ne pourrait jamais transiger impunément sur un crime d'adultère, — et on s'appuie sur les lois 29, § 2, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5 ; 10, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9, — et que, quand Constantin introduisit la peine de mort contre ce crime, il aurait oublié d'abolir en même temps cette sévérité, à l'exemple des autres crimes capitaux. Cette conjecture, pour être ingénieuse, n'est autorisée par aucun texte, ceux qu'on a cités n'établissant nullement que Constantin eût oublié d'abolir la disposition de la loi Julia relative à la prohibition de la transaction, disposition dont l'existence même n'est pas suffisamment prouvée. De plus, cette conjecture n'est point nécessaire, alors qu'on peut expliquer la règle en question d'une autre manière, et d'une manière plus satisfaisante[2].

110. — Nous venons de voir que le principe que l'accusé qui transige est tenu pour *confessus*, reçoit une

[1] V. n° 101.

[2] On lit dans la thèse de M. Accarias (p. 81, note 1) que la loi Julia ne statuait que sur l'*accusator*. Je ne sais pas si l'auteur a puisé cette prétention dans d'autres textes que ceux qui sont cités dans ce numéro. Mais, si l'on considère le texte de la loi 10, *C.*, *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9, comme reproduisant les termes de la loi Julia, on sera bien forcé d'admettre que cette loi punissait tout à la fois et l'accusateur et l'accusé, car on y lit : *De crimine adulterii pacisci non licet, et par delictum est accusatoris prævaricatoris*, ET DEFUGIENTIS VERITATIS INQUISITIONEM. L'auteur lui-même semble donner la même interprétation à ce texte, lorsque, un peu plus loin (p. 84), il le cite pour affirmer que l'accusé, commet en transigeant, le même crime que l'accusateur.

exception en cas de crimes capitaux, moins l'adultère. Nous allons nous demander maintenant si c'est là la seule exception, s'il n'y en a pas encore d'autres.

La loi 18, C., *h. t.*, que nous avons transcrite plus haut (n° 103) avec sa traduction, après avoir dit qu'il n'est pas permis de transiger sur les autres crimes que ceux qui sont punis de mort, finit par ces mots : *citra falsi accusationem*. Pour nous, ces mots signifient : *sauf l'accusation de faux*, c'est-à-dire que la préposition *citra* est ici synonyme de *præter*. Ainsi, on peut transiger sur une accusation de faux, et c'est une nouvelle exception au principe rappelé ci-dessus. Cette interprétation est d'abord appuyée par les Basiliques. Elle s'explique, d'ailleurs, par cette idée que le faux blesse plus directement un intérêt privé qu'un intérêt public [1].

[1] On a donné beaucoup de mauvais arguments à cette opinion, si facile à justifier. Ainsi on a dit que le faux étant puni de la déportation et de la confiscation générale des biens, quand le coupable est un homme libre, et puni de mort, quand il a été commis par un esclave, il est quelquefois difficile de savoir si l'on a affaire à un homme libre ou à un esclave, et par conséquent, si le crime est capital ou non. Pour éviter ces difficultés, dit-on, la loi romaine a mieux aimé assimiler en tous cas le crime de faux à un crime capital. Cette explication, quoique ingénieuse, ne me satisfait point. En effet, il n'est pas vraisemblable qu'on ait décidé de traiter un crime de faux commis par un homme libre comme un crime capital, parce que celui qui est commis par un esclave est puni de mort, et que, quelquefois, et la chose n'arrive pas très souvent, quoi qu'on en dise, il est difficile de savoir si le coupable est libre ou esclave. Il faut remarquer, en outre, qu'un autre que celui qui a transigé avec l'accusé, peut poursuivre celui-ci pour le même crime, que le magistrat lui-même, depuis la fin de l'époque classique, peut d'office se saisir de l'affaire (L. 13, pr., D., *de officio præsidis*, 1, 18; — L. 4, § 2, D., *ad leg. Jul. peculatus*, 48, 13 ; — L. 7, C., *de accus.*, 9, 2; — L. 1, C., *de custod. reor.*, 9, 4), et que, par conséquent, cette question de la liberté, qu'on prétend être si difficile, peut toujours être tranchée pour l'application de la peine.

On s'est appuyé aussi sur la loi 42, C., *de trans.*, et la loi 7, C., *ad leg. Corn. de falsis.*, 9, 22. Mais ces deux textes ne tranchent

111. — Cette opinion trouve cependant des adversaires. On prétend que le mot *citra* signifie ici *sine*, et la fin du texte voudrait dire alors : Il n'est pas permis de transiger sur les crimes non capitaux *sans l'accusation de faux*. En admettant cette traduction, il nous semblerait qu'il faudrait en conclure que, pour transiger sur les crimes non capitaux, il faut commencer par intenter l'accusation de faux ! ! ! Mais, non ! nos adversaires s'ingénient à donner au texte une tout autre signification : ils disent que celui qui transige sur un crime non capital sera accusé de faux. Quelle torture on fait subir au pauvre texte, et cela sans nécessité ! Mais écoutons d'abord les bourreaux qui exécutent cette torture : « L'accusé qui corrompt son accusateur est assimilé à celui qui corrompt son juge (L. 34, D., *de jure fisci*, 49, 14). D'autre part, quiconque corrompt son juge est traité comme faussaire (L. 1, § 2 ; L. 21, D., *de lege Cornel. de fals.*, 48, 10). Donc l'accusé qui transige, c'est-à-dire qui corrompt son accusateur, est réputé faussaire. On peut encore argumenter de la loi 10, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9. L'accusateur qui transige y est qualifié *prævaricator*, et la *prævaricatio* est une sorte de faux. Il y est dit de plus que l'accusé commet, en transigeant, le même crime que l'accusateur[1]. »

112. — Ce raisonnement est digne de la singulière

nullement notre question, le premier se rapportant à une transaction intervenue sur des pièces fausses, le second décidant que celui qui a transigé sur la sincérité d'un acte produit dans un procès ne peut plus intenter de ce chef une accusation de faux, et ni l'un ni l'autre ne visant une transaction sur une accusation de faux.

[1] Accarias, *Thèse*, p. 84, qui adopte l'opinion de Vinnius (*de Transact.*, cap. VII, 30 et s.).

interprétation de la loi 18, qu'il a pour but de justifier. D'abord, on nous apprend que la loi 34, *de jure fisci*, assimile l'accusé qui corrompt son accusateur à celui qui corrompt son juge. Oui, ce texte déclare que celui qui corrompt son accusateur, comme celui qui corrompt son juge, est puni d'une amende de 500 solides, et voilà tout. Il est assez hardi d'en conclure que le premier est assimilé au second, même à d'autres égards. Puis, on prétend que celui qui corrompt le juge est traité comme faussaire; cela n'est pas prouvé non plus, car de ce que dans les textes qu'on invoque, il est dit que cet individu sera puni de la peine édictée dans la loi Cornélia *de falsis*, il est assez téméraire de conclure que cet individu est traité comme faussaire, d'autant plus que l'un de ces textes (L. 21, D., *de lege Cornel. de fals.*, 48, 10) ajoute qu'il n'est pas généralement puni aussi sévèrement que le faux. Mais c'est surtout cette prétention que l'accusé qui transige serait faussaire, qui est réellement étonnante. En effet, celui qui transige avec son accusateur est puni d'une amende de 500 solides; celui qui corrompt son juge est puni de la même peine. Celui-ci est puni, en outre, de la peine édictée dans la loi Cornélia, et l'on veut tout de suite en conclure que celui qui transige avec son accusateur, lui aussi, soit puni de cette seconde peine! Voilà un raisonnement sur lequel on me dispensera d'insister!

Et cette affirmation gratuite que la *prævaricatio* est une sorte de faux! Où l'a-t-on jamais lue? En tous cas, ce n'est pas dans les textes du titre *de prævaricatione*. En effet, la *prævaricatio* est punie de la peine édictée dans le sénatus-consulte Turpillien, tandis que le faux est puni par la loi Cornélia (V. n° 98). Et cette autre

affirmation que l'accusé qui transige commet le même crime que l'accusateur ! Il est vrai qu'il est dit dans la loi 10, C., *ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9 : *Par delictum est accusatoris prævaricatoris, et defugientis veritatis inquisitionem.* Mais je ne puis pas admettre que l'accusé sera aussi *prævaricator*, car tous les autres textes que nous connaissons attestent que le *prævaricator* c'est l'accusateur qui transige et que l'accusé est tenu pour *confessus*, c'est-à-dire qu'il sera puni, outre la peine de 500 solides que l'on connaît, comme coupable du crime dont il a été accusé (LL. 1 et 7, D., *de prævaricat.*, 47, 15 ; — L. 1, §§ 1 et 6, D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16 ; — LL. 4, et 29, pr., D., *de jure fisci*, 49, 14). Peut-être Alexandre Sévère, qui est l'auteur de la loi 10, par ces mots *par delictum* etc., veut-il faire allusion à la règle posée dans la loi 6, D., *de prævaric.*, 47, 15. Paul nous dit dans ce texte : « Il a été répondu par notre empereur et par son père que, dans le crime dont l'accusation est portée *extra ordinem*, les prévaricateurs seront condamnés à la même peine dont ils seraient passibles, si eux-mêmes avaient commis l'infraction pour laquelle l'accusé a été absous par suite de la prévarication. » Celui que Paul appelle « notre empereur » est probablement Alexandre Sévère, l'auteur de la loi 10. D'après ce texte, le prévaricateur qui aura procuré l'acquittement de l'accusé dans une accusation dont la connaissance est de la compétence extraordinaire des magistrats, c'est-à-dire la plupart des *crimina publica* à l'époque du jurisconsulte[1], sera puni de la même peine

[1] Pour la compétence extraordinaire des magistrats, V. Faustin Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2e édit., t. I, p. 84.

que celle du crime dont il avait intenté l'accusation[1]. S'il en est ainsi, ce n'est pas l'accusé qui est assimilé à l'accusateur, mais c'est l'accusateur qui est assimilé à l'accusé[2].

Ce qui embarrasse le plus nos adversaires, c'est l'application de la peine : l'accusé qui est tenu pour *victus* sera-t-il condamné à la peine du crime dont il a été accusé? Ou faut-il lui appliquer la peine de faux, comme étant assimilé à un faussaire? On se tire d'affaire en disant que la question sera laissée à l'arbitraire du magistrat. Nous comprenons bien cet embarras et la solution qu'on donne est assez héroïque. On pourrait s'embarrasser moins, en admettant notre opinion, qui est beaucoup plus simple.

113. — La dernière question qui se pose sur l'accusation de faux, notre système une fois admis, c'est celle de savoir si la transaction sur cette accusation, impunie du côté de l'accusé, l'est aussi du côté de l'accusateur, et si elle est même valable.

[1] Il faut remarquer qu'il est question, dans ce texte, du *prævaricator*, et non du *tergiversator*. Le *prævaricator* est celui qui, sans abandonner complètement son accusation, cherche à faire acquitter l'accusé, de connivence avec lui (L. 1, §§ 1 et 6, D., *ad SC. Turpill.*, 48, 16), tandis que le *tergiversator* est l'accusateur qui se désiste sans *abolitio*. Il est d'ailleurs probable que les peines étaient en principe les mêmes dans les deux cas (LL. 1, § 2; 2; 3, § 3; 4; 5, D., *de prævaric.*, 47, 15; — L. 4, D., *de accusat.*, 48, 2; — L. 6, § 3, D., *de decur.*, 50, 2; — L. 2, C., *ad SC. Turpill.*, 9, 45). Mais la loi 6, *de prævaric.*, n'aura pas d'application dans le cas de *tergiversatio*, parce qu'il n'y a pas là acquittement obtenu frauduleusement.

[2] M. Millevoye (*Thèse de Doctorat*, Lyon, 1877, p. 41) prétend aussi que l'accusé qui transige peut être poursuivi par l'action de prévarication et par celle de faux. Mais, comme il s'abstient de démontrer ce qu'il avance, je regrette d'être obligé de m'en tenir à ce que je dis au texte.

Contrairement à ce que j'ai décidé pour les crimes capitaux, je serais penché à croire qu'ici, l'accusateur même n'est pas puni et que la transaction est licite. En effet, le motif qui a fait admettre cette exception n'est pas le même, à mon sentiment, que celui qui a fait admettre l'exception pour les crimes capitaux. Nous avons vu (n° 101) que, pour ces derniers crimes, c'est l'équité et le bon sens qui ont fait admettre que l'accusé ne sera pas puni pour avoir transigé avec son accusateur et essayé ainsi de sauver sa vie. Ici j'ai admis (n° 110), comme explication de cette nouvelle exception, cette idée que le faux blesse plus directement un intérêt privé qu'un intérêt public. Si c'est là le véritable motif de l'exception, comme j'en suis convaincu, il faut admettre logiquement que l'accusateur qui transige ne sera pas puni et que la transaction est valable. J'ajoute qu'il n'y a pas de contradiction à admettre cette solution, après avoir décidé qu'il en serait autrement pour les crimes capitaux, car le faux n'est pas présenté dans le texte comme un crime assimilé à un crime capital : on peut y voir une exception d'un genre tout à fait différent.

114. — Voilà, à mon avis, la seule exception, parmi les crimes non capitaux, à ce principe qu'on ne peut transiger impunément sur une accusation publique. Ainsi, bien qu'on ait agité quelquefois la question de savoir s'il n'y a pas d'autres exceptions pour le rapt, l'inceste, le *stuprum*, la lèse-majesté, je me contente de constater que l'inceste et le *stuprum* sans violence ne sont pas punis de mort (L. 38, D., *ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5; — L. 6, C., *de incest. et inut. nupt.*, 5, 5 ; — Nov. 12, cap. 1 ; — Inst., 4, 18, § 4), et que, par suite,

la transaction sur un de ces crimes est punie, qu'au contraire, le *stuprum* avec violence, le rapt, et la lèse-majesté sont des crimes capitaux (L. 5, § 2, D., *ad leg. Jul. de vi publica*, 18, 6; — Inst., 4, 18, § 3), sur lesquels la transaction est impunie pour l'accusé.

SECTION III

DES ACTIONS « QUÆ INFITIATIONE DUPLANTUR »

115. — Paul nous dit dans ses Sentences (1, 19, § 2) : *Ex his causis, quæ infitiatione duplantur, pacto decidi non potest.* D'où l'on conclut communément que toute transaction sur une action qui croît au double par la dénégation, comme les actions *judicati*, *depensi*, *legati certi per damnationem relicti*, *damni injuria legis Aquiliæ,* est nulle, quel que soit le moment auquel elle intervient. Cette conclusion me semble tout à fait inadmissible. En effet, Papinien (L. 40, § 1, D., *de pactis*, 2, 14), Ulpien (L. 7, pr.; L. 11, D., *de trans.*; — L. 23, § 1, D., *de cond. indeb.,* 12, 6) et Marcien (L. 5, §§ 3 et 4, D., *de appell.*, 49, 1), tous trois contemporains de Paul ou antérieurs à lui [1], affirment que, dans bien des cas, on peut transiger sur la *res judicata*, qui engendre l'action *judicati* , et dans tous ces cas, les exceptions s'expliquent par cette idée que, malgré le jugement qu'on invoque, il reste un doute, qui peut faire l'objet d'une transaction. Ulpien donne formellement cette explication (L. 11, D., *de trans.*; — L. 23, § 1, D., *de cond. indeb.*, 12, 6). (V. nos 3 et 17.) Donc,

[1] V. Rivier, *Introd. histor. au Droit romain*, pp. 288 et suiv.

il me paraît impossible de rattacher, avec M. Accarias (*Thèse*, pp. 13, 14 et 87; *Précis de Droit romain*, 3ᵉ édit., II, p. 1118), l'impossibilité de transiger sur la *res judicata* à la règle posée par Paul au § 2, 1, 19, de ses Sentences (V. nº 16). Ainsi, si on ne peut pas transiger en principe sur la chose jugée, c'est par suite d'une autre idée, et cela dès l'époque du jurisconsulte, contrairement à ce que prétend le savant auteur de la thèse que je viens de citer (p. 88). Et les nombreuses exceptions à ce principe, qui s'expliquent très-bien par l'idée émise par Ulpien, s'expliqueraient difficilement, si l'on partait de ce principe que toute transaction sur les actions *quæ infitiatione duplantur* est nulle. Bien mieux, Paul lui-même paraît admettre l'idée d'Ulpien, quand il dit : *De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus : post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet (Sent.*, 1, 1, § 5). Dans ce texte, le jurisconsulte paraît faire une antithèse entre les choses litigieuses et les choses jugées, et l'on est naturellement conduit à en conclure que, si la transaction sur chose jugée n'est pas valable, c'est que la question n'est plus litigieuse, n'est plus douteuse; d'autant plus que le jurisconsulte ajoute : *nisi donationis causa interponatur*. Cela semble vouloir dire que, quand on a été absous et qu'on promet de donner quelque chose à titre de transaction, ou quand on a un jugement de condamnation et qu'on fait une remise au même titre, cela peut être une donation, mais jamais une transaction, et pourquoi? parce que, ce me semble, il n'y a pas là une question litigieuse à résoudre, élément essentiel de la transaction. De cette façon, ce rapprochement entre une transaction et une donation se comprend naturellement.

Tout cela ne se comprend pas aussi naturellement par l'idée que la transaction sur une action *quæ infitiatione duplatur* est nulle.

116. — Du reste, cette interdiction de transiger sur les actions *quæ infitiatione duplantur* ne s'expliquerait point, si elle était applicable à toute transaction intervenue sur ces actions, avant même qu'elles soient intentées. Cujas (Notes sur les Sentences de Paul) a cependant essayé de l'expliquer : « De deux choses l'une : le défendeur a avoué ou nié. S'il a avoué, il est tenu pour *judicatus*, ce qui rend la transaction impossible. S'il a nié, et qu'il transige après, il avoue par là implicitement que sa dénégation était fausse et il est encore tenu pour *judicatus*. Donc, dans l'un et l'autre cas, la transaction est impossible. »

Cette explication se fonde d'un bout à l'autre sur des erreurs. D'abord, avant le procès, le défendeur peut n'avouer ni ne nier. Puis, tout individu qui avoue n'importe où n'est pas tenu pour *judicatus* : c'est celui qui avoue *in jure*, qui seul encourt cette présomption légale. Puis, ce n'est pas pour tout *judicatus* que la transaction est impossible, mais pour celui-là seulement qui a été condamné par un jugement inattaquable, qui prononce une condamnation déterminée. Or, après cet aveu du défendeur, il peut souvent rester encore à déterminer le montant de la condamnation : dans ce cas, la transaction devrait pouvoir intervenir valablement (V. n° 20). Puis, il n'est pas exact de dire que le défendeur qui, après avoir commencé par nier le droit de son adversaire, transige avec celui-ci, avoue la fausseté de sa dénégation. Sans doute, nous avons vu que, dans les actions résul-

tant de délits privés, on tient pour *confessus* le défendeur qui a transigé, et qu'on le note d'infamie, tout comme s'il avait été condamné. Mais là, la transaction reste valable. Sans doute aussi, dans les crimes, l'accusé qui a transigé avec l'accusateur est traité comme s'il avait avoué, et en même temps, la transaction est nulle. Mais ce n'est pas parce que l'accusé est traité comme s'il avait avoué, que la transaction est nulle ; c'est parce qu'elle est contraire à l'ordre public (V. nos 91 et suiv.). Bien mieux, le raisonnement de Cujas n'est pas bien logique. Le défendeur qui a transigé, dit-il, est tenu pour *confessus* ; or le *confessus* est tenu pour *judicatus* ; donc la transaction, impossible pour un *judicatus*, est aussi impossible pour le défendeur qui a transigé. Admettons pour un instant ce syllogisme : il en résulterait que le défendeur qui a transigé ne peut plus transiger sur la même question, et non pas, comme le prétend Cujas, qu'il n'a pas pu transiger sur cette question ! En effet, depuis quand le défendeur est-il assimilé à un *judicatus ?* Depuis qu'il a transigé, il me semble : donc la chose jugée qui empêcherait la transaction d'être valable, n'existait pas au moment où l'on a transigé. Donc, ce n'est pas cette raison qui rend la transaction nulle. Enfin, ce qui est péremptoire, c'est que les observations de Cujas, si elles étaient vraies, devraient s'appliquer à toutes les actions, et non pas seulement à cette catégorie d'actions, qui croissent au double par la dénégation.

117. — Ma conclusion est que la transaction est possible sur les actions *quæ infitiatione duplantur*, comme sur les autres actions, tant que la *litis contestatio* n'est pas encore intervenue après la dénégation du défendeur, mais

qu'une fois la *litis contestatio* intervenue contre le défendeur qui a nié, la transaction devient impossible. Ainsi selon moi, la transaction peut très-bien intervenir sur ces actions avant la *litis contestatio*, et même après la *litis contestatio*, si la formule n'a été donnée que pour la détermination de la somme à laquelle devra être condamné le défendeur, qui n'a point nié le fait allégué.

Avec ces restrictions, la règle du § 2, Paul, *Sent.*, 1, 19, peut se justifier. En effet, ces actions qui croissaient au double par la dénégation du défendeur, étaient considérées par les Romains comme tout particulièrement importantes. Si donc le défendeur niait à tort, il devait subir la condamnation au double ; c'était la punition de son entêtement ou de sa mauvaise foi. Or, s'il avait pu échapper à cette punition en transigeant avec son adversaire, la loi aurait souvent manqué son but. Voilà pourquoi, à mon avis, on interdisait de transiger sur ces actions, quand la *litis contestatio* avait eu déjà lieu après la dénégation du défendeur.

Maintenant j'admettrais très-volontiers, avec M. l'Inspecteur général des Facultés de Droit, que cette règle tomba en désuétude et qu'au temps de Justinien, il n'en était plus question, ce qui expliquerait le silence complet sur cette règle, des textes qui ont passé par la main de Justinien [1].

[1] Il est de règle que dans les actions *quæ infitiatione duplantur*, le payement fait par erreur ne donne pas lieu à la *condictio indebiti* (L. 4, C., *de cond. ind.*, 4, 5 ; — I., 3, 27, § 7). On explique généralement cette règle en disant que la loi y suppose une transaction. Cette explication n'est pas admissible. En effet, de deux choses l'une : ou le prétendu débiteur avait quelque doute sur l'existence de la dette ; dans ce cas, il a pu y avoir une transaction, mais alors il n'y a pas eu payement fait par erreur. Ou le débiteur croyait par erreur que la dette existait certainement ; alors il serait absurde de supposer chez

SECTION IV

DES ALIMENTS

118. — Dans l'ancien droit romain, la transaction sur les aliments était complètement libre. Avec la misère et la dépradation des mœurs, on vit trop souvent un *alimentarius* besoigneux ou prodigue transformer sa pension alimentaire en une somme d'argent payable sur-le-champ, dans des conditions généralement fort désavantageuses, ce qui était contraire à la volonté du testateur ou du donateur. Aussi un sénatus-consulte, rendu sur la proposition de Marc-Aurèle, vint soumettre cette convention à l'autorisation préalable du magistrat : il se trouve commenté fort en détail dans un long fragment d'Ulpien (L. 8, D., *de trans.*).

Pour l'étudier, nous diviserons cette section en trois paragraphes : 1° les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu d'appliquer le sénatus-consulte ; 2° le magistrat compétent et son office ; 3° les conséquences du défaut d'autorisation.

§ 1. — CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR QU'IL Y AIT LIEU D'APPLIQUER LE SÉNATUS-CONSULTE

119. — Voici la formule exacte : Toute convention à titre onéreux, portant sur des aliments laissés à cause

lui l'intention de transiger. On ajoute souvent que la transaction aurait été impossible sur ces affaires. Mais cette observation tombe après ce que nous avons vu au texte. D'autres explications ont été proposées, mais elles ne me satisfont pas non plus ; je préfère donc, à l'exemple de bien des auteurs, rester en présence d'une énigme à hasarder une explication insuffisante.

de mort et non encore échus, est en principe soumise à l'autorisation du magistrat. Cette formule contient trois conditions :

1° Pour qu'il y ait lieu à l'application du sénatus-consulte, il faut qu'il s'agisse d'une convention à titre onéreux. Le texte ne parle que de la *transaction*, mais nous avons démontré (n^os^ 9 et suiv.) que le mot *transaction* est pris ici dans son sens large et s'applique à toutes conventions à titre onéreux. Mais des auteurs sont allés plus loin et ont prétendu que même une remise gratuite tombe sous le coup du sénatus-consulte. Cette extension ne nous paraît pas admissible. D'abord, si l'on emploie quelquefois le mot *transaction* pour désigner toutes conventions à titre onéreux, nous ne le voyons nulle part appliqué même à une donation. Or, notre sénatus-consulte, qui introduisit une disposition de loi tout à fait exceptionnelle, et qui, à ce titre, doit être interprétée strictement, ne parle que de la transaction. Si donc nous n'avions pas la preuve certaine que le mot *transaction* y est employé dans son sens large, nous n'oserions même pas appliquer cette disposition aux conventions à titre onéreux autres que la transaction proprement dite. Il serait vraiment excessif de l'appliquer à la remise gratuite. Vainement nous oppose-t-on l'argument *à fortiori* : précisément parce que la remise gratuite dépouille complètement le créancier sans aucun dédommagement, il n'y a pas à craindre que celui-ci la fasse trop facilement ; tandis qu'une convention à titre onéreux lui procurant toujours un avantage plus ou moins sérieux, il est souvent tenté de la conclure. Qu'on ne nous objecte pas que, si la remise gratuite ne tombait pas sous l'application du sénatus-consulte, il serait trop

facile aux parties d'éluder la prohibition légale, en simulant toujours une remise gratuite, là où il y a une convention à titre onéreux! Il suffit de remarquer que la nullité qui sanctionne cette prohibition et dont nous parlerons au § III, ne peut être demandée que par l'*alimentarius*; que ce dernier, s'il trouve avantage dans la convention, se gardera bien d'en demander la nullité, et que, s'il s'aperçoit que la convention lui était désavantageuse, il en demandera la nullité, et prouvera facilement, par les circonstances de fait, que ce qu'on a qualifié de remise gratuite n'était en réalité qu'une convention à titre onéreux. Enfin, on s'appuie sur le § 1, Paul, *Sent.*, I, 1, qui nous dit : *De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet*. Le pacte de remise, dit-on, n'est possible que sur les choses qui peuvent faire l'objet d'une transaction ; or la transaction n'est possible sur les aliments qu'avec l'autorisation du magistrat ; donc le pacte de remise sur les aliments n'est possible non plus qu'avec la même autorisation. Ce raisonnement est vicieux, car, outre qu'il n'est pas prouvé que le texte de Paul qui parle du *pacte (pacisci)* se rapporte au pacte de remise, la signification qu'on veut lui donner est démentie par Paul même, dans le même titre de ses Sentences, au § 5, où nous lisons que la chose jugée, qui ne peut faire objet de transaction, peut faire objet de donation.

120. — J'ai eu soin d'ajouter dans ma formule, *en principe*. C'est qu'il y a des exceptions à la règle, qui se ramènent à cette idée générale que certaines conventions à titre onéreux sont considérées par la loi comme étant toujours avantageuses à l'*alimentarius*, et par suite,

échappent à l'application du sénatus-consulte. Examinons brièvement les deux exceptions dont parle Ulpien dans le texte que nous avons cité :

A. La convention qui a pour but de transformer une pension annuelle en une pension mensuelle ou une pension mensuelle en une pension quotidienne, ou de faire avoir à l'*alimentarius* au commencement de l'année ce qu'il devait, d'après le titre, recevoir seulement à la fin de l'année, est valable sans l'intervention du magistrat, parce que, dans ce cas, il est évident que la convention est avantageuse à l'*alimentarius* (L. 8, § 6, D., *de trans.*).

B. Est encore valable sans l'autorisation du magistrat, celle qui a pour but de substituer un droit d'habitation à une somme d'argent destinée à procurer à l'*alimentarius* son logement, ou réciproquement. Ici un doute est permis, car, d'un côté, la maison est toujours exposée à la ruine et à l'incendie, tandis que les mêmes dangers n'existent pas pour une créance d'argent, qui est, par conséquent, plus avantageuse, quand le débit-rentier est solvable ; d'un autre côté, on ne peut pas dire, avec certains auteurs [1], que la substitution d'une somme d'argent à un droit d'habitation est toujours avantageuse, la somme convenue pouvant être inférieure à la valeur du droit d'habitation. Cependant on a considéré qu'il y a, en général, plus d'avantages que d'inconvénients à laisser, dans ce cas, toute liberté aux parties, évidemment parce que l'*alimentarius* n'y est pas mu par l'idée d'avoir un avantage présent, moyennant l'abandon de ses

[1] Dumas, *Thèse*, p. 37.

droits futurs[1], ce que le sénatus-consulte a voulu prévenir avant tout (L. 8, § 25, D., *de trans.*).

Ulpien ajoute un troisième cas où la transaction[2] est valable sans l'autorisation du magistrat (L. 8, § 5, D., *de trans.*). Mais il n'y a pas là une exception à notre règle, mais plutôt l'application des principes généraux de la convention. Voici l'hypothèse : Titius, bénéficiaire d'une disposition à cause de mort, est chargé de fournir des aliments à Séius ; il peut, dit avec raison le jurisconsulte, transiger avec l'héritier sans s'adresser au magistrat, car une convention ne doit jamais ni profiter ni nuire aux tiers et que l'*alimentarius* doit continuer à recevoir ces aliments, comme si la transaction n'existait point. Mais c'est là, dis-je, l'application des principes généraux de la convention.

121. — 2° Pour qu'une convention tombe sous le coup du sénatus-consulte, il faut que le droit aux aliments, sur lequel elle porte, résulte d'une disposition *mortis causa* (L. 8, § 2, D., *de trans.*). Peu importe d'ailleurs que cette disposition soit un legs, un fidéiscommis testamentaire ou ab intestat, une donation à cause de mort ou une charge imposée à une autre libéralité *mortis causa*.

Cette condition s'explique par cette considération que

[1] Il ne faudrait pas oublier qu'ici, *l'alimentarius* n'abandonne pas son droit d'habitation contre une somme payable une fois pour toutes, mais payable annuellement.

[2] Nous employons souvent le mot *transaction* dans cette section, bien que les règles qui y sont traitées s'appliquent à toutes conventions à titre onéreux, soit pour nous conformer aux termes du texte, soit pour nous renfermer dans le sujet de cet ouvrage, qui porte sur la transaction.

ce que le sénatus-consulte a voulu empêcher, c'était une convention par laquelle le débit-rentier, qui est autre que l'auteur de la libéralité, se débarrasserait de la dette alimentaire, moyennant un dédommagement plus ou moins dérisoire, en profitant de l'indigence ou de la prodigalité de l'*alimentarius*, ce qui mettrait à néant l'intention du disposant, qui a voulu assurer les aliments à un indigent ou à un prodigue. Ceci n'est pas à craindre, quand la dette alimentaire résulte d'un acte entre-vifs, car, alors, c'est généralement le disposant lui-même qui transige avec l'*alimentarius*, et s'il y consent, il est à présumer que l'*alimentarius* est à même de vivre malgré cette transaction. Au reste, on remarquera que, quand ce sont les héritiers du disposant qui doivent les aliments, par suite de la mort du disposant au cours de la rente viagère, on ne voit pas trop pourquoi l'autorisation du magistrat ne serait pas nécessaire; mais le législateur n'a probablement pas songé à cette hypothèse et nous sommes obligés par les termes du texte à restreindre la nécessité d'autorisation aux dispositions *mortis causa*.

122. — 3° Enfin, il faut, pour qu'il y ait lieu à l'autorisation du magistrat, qu'il s'agisse d'une convention portant sur les aliments futurs (L. 8, C., *de trans.*). Rien n'est plus juste: si, en effet, l'*alimentarius* a laissé échoir un ou plusieurs termes d'aliments, c'est qu'il a pu vivre sans ces aliments. Dès lors, il n'y a pas la même raison d'interdire une convention sur ces aliments sans autorisation du magistrat.

123. — Ces trois conditions sont les seules qui soient

requises pour qu'il y ait lieu d'appliquer le sénatus-consulte. Ainsi il est à peine besoin d'ajouter, avec Ulpien, que l'autorisation est nécessaire, qu'il s'agisse de prestations périodiques ou d'une somme payée une fois pour toutes; que les aliments soient dus jusqu'à la mort du bénéficiaire ou jusqu'à ce qu'il atteigne certain âge; qu'ils consistent en argent ou en d'autres objets, même immobiliers; que ces objets, argent ou autres, aient été laissés en pleine propriété ou en usufruit; que la convention porte sur le droit aux aliments ou sur l'hypothèque qui le garantit; qu'elle porte sur la totalité des aliments dus ou sur une partie seulement; qu'il y ait procès ou non; que l'*alimentarius* soit affranchi ou ingénu, riche ou pauvre[1] (L. 8, §§ 3, 4, 7, 13, 15, 16, 20, 23 et 24, D., *de trans.*).

Il convient, d'ailleurs, de remarquer que les aliments comprennent non-seulement la nourriture, mais même l'habitation, l'habillement, la chaussure, en un mot, tout ce qui est nécessaire à l'entretien de l'*alimentarius* (L. 8, §§ 1 et 14, D., *de trans.*).

§ II. — Du magistrat compétent et de son office

124. — A Rome, c'est en général le préteur, et en

[1] On pourrait être tenté de voir dans le § 23 une exception tenant à la condition de l'*alimentarius*. Voici ce que dit ce paragraphe: « Si on a laissé à un *homme d'une condition honorable* certaine valeur par an, comme une pension annuelle ou un usufruit, la transaction pourra être faite même sans l'autorisation du préteur. Autrement, si un usufruit modique a été laissé *à titre d'aliments*, je dis que la transaction faite sans l'autorisation du préteur est de nul effet. » Mais si l'on combine le commencement et la fin de ce texte, on voit clairement qu'au commencement, il n'est pas question d'une valeur laissée à titre d'aliments.

province, le président, qui est compétent pour accorder ou refuser l'autorisation (L. 8, pr. et § 18, D., *de trans.*). Mais, si les aliments sont dus par le fisc, la compétence appartient au *præfectus ærarii* ou au *procurator Cæsaris* (L. 8, § 19, D., *de trans.*).

Ces magistrats ne peuvent pas déléguer ce pouvoir, qu'ils tiennent du sénatus-consulte (L. 8, § 18, D., *de trans.*). C'est là une application de cette règle générale qu'un magistrat peut déléguer les pouvoirs qui résultent de son titre, mais non ceux qu'il tient d'une disposition légale spéciale (L. 1, pr., D., *de offic. ejus, cui mand.*, 1,21).

Il va sans dire que le magistrat ne doit accorder l'autorisation qu'après la *causæ cognitio* (L. 8, § 17, D., *de trans.*). Il doit donc rendre un *decretum* : il ne doit pas se contenter d'un *libellus* (L. 9, § 1, D., *de offic. procons.*, 1, 16). L'examen du magistrat doit porter sur les trois points suivants : 1° les motifs pour lesquels on veut transiger (*causa*) ; 2° les avantages que la transaction doit procurer à l'*alimentarius* (*modus*) ; 3° les habitudes et la fortune des parties (*persona*) (L. 8, §§ 8, 9, 10 et 11, D., *de trans.*). Si le magistrat néglige d'examiner un seul de ces trois points, à plus forte raison s'il néglige d'en examiner aucun, l'autorisation est nulle (L. 8, § 17, D., *de trans.*).

L'autorisation du magistrat s'interprète restrictivement. Ainsi, quoique nous ayons vu que le mot *alimenta* est employé par le sénatus-consulte, non-seulement pour désigner la nourriture, mais tout ce qui est nécessaire à l'existence (n° 123), cependant le texte nous apprend que l'autorisation donnée pour les *alimenta* ne sera pas censée embrasser le logement, le vêtement, la chaussure; il faut

une autorisation spéciale pour chacun de ces objets (L. 8, § 12, D., *de trans.*).

§ III. — Conséquences du défaut d'autorisation

125. — Non-seulement le défaut d'autorisation, mais même une autorisation qui n'a pas été donnée après l'examen de tous les trois points que nous avons signalés dans le paragraphe précédent : *causa*, *modus* et *persona*, annule la convention sur aliments (L. 8, §§ 17 et 23, D., *de trans.*). Cette nullité, établie uniquement dans l'intérêt de l'*alimentarius*, ne peut jamais être demandée que par lui. Seulement la convention doit être déclarée nulle par cela seul qu'elle n'a pas été autorisée, quand l'*alimentarius* en demande la nullité.

Voilà du moins le principe. Il y a, à notre sentiment, une exception à ce principe, où la convention non autorisée peut être validée par le magistrat, qui y voit un avantage pour l'*alimentarius*. Cette exception est prévue par le § 24, que nous avons déjà étudié au chapitre premier (n° 11). Voici l'hypothèse : l'*alimentarius* convient avec son débiteur que ce dernier lui payera une certaine somme à la place des aliments en nature ou vice versa, sans d'ailleurs changer le mode de payement ; qu'il payera une certaine marchandise à la place d'une autre, par exemple du vin à la place de l'huile ; ou bien on convient de changer le lieu de payement ou le débiteur : dans tous ces cas, dit le jurisconsulte, la convention pourra être validée par le préteur dans l'intérêt de l'*alimentarius*. Donc il nous semble qu'à la différence des autres cas, la convention n'est pas nulle par cela seul qu'elle n'a pas

été autorisée, mais peut être validée ou annulée d'après l'appréciation du magistrat. Qu'elle ne soit pas nulle par le seul défaut d'autorisation, c'est ce qui résulte de la comparaison des termes employés à la fin du § 24 (*Si tamen ita sine prætore transigerit... hæc omnia habent disceptationem prætoris, et pro utilitate alimentarii recipienda sunt*) avec ceux du commencement (*non poterit de his transigere*) et de la fin du § précédent (*dico transactionem citra prætorem factam nullius esse momenti*). Quant au pouvoir que nous reconnaissons au magistrat d'annuler cette convention, il résulte clairement des mêmes termes de la fin du § 24 comparés à ceux du § suivant (*valet transactio... transactio rata est et citra prætorem*).

Cette solution ne nous semble donc pas douteuse. Mais elle est assez difficile à justifier. Puisque, selon nous, — et nous croyons qu'il ne peut en être autrement, — c'est l'*alimentarius* seul qui peut demander la nullité, il semblerait qu'il faut l'accorder toutes les fois que l'*alimentarius* la demande. Dira-t-on que l'*alimentarius* n'est pas toujours clairvoyant et demande à être protégé par le préteur, qui jugera mieux que lui, encore bien qu'il demande la nullité de la convention ? Mais alors, pourquoi ne pas donner ce pouvoir au préteur dans les autres cas ?

Ce n'est pas tout. Cette solution s'accorde mal avec celle qui est adoptée dans le § suivant, pour le cas où l'on transige pour recevoir l'habitation en nature au lieu d'une somme d'argent ayant cette destination ou vice versa : là la transaction est déclarée valable. Mais je ne vois pas de raison plausible pour différer de solution entre ce cas et le cas où l'on veut recevoir des objets

de consommation au lieu de l'argent ou réciproquement [1].

126. — Quand la nullité a été prononcée, de deux choses l'une : ou la convention n'avait encore reçu aucune exécution, et alors, on ne l'exécutera pas : voilà tout. Ou la convention avait déjà reçu son exécution et le débiteur des aliments avait déjà donné quelque chose à l'*alimentarius;* ici il faut faire une sous-distinction. Ou bien il y a des aliments échus et des aliments non échus, et la valeur donnée est égale ou inférieure à celle des aliments échus ; alors l'*alimentarius* n'aura rien à rendre, ni rien à réclamer pour les aliments échus, car, la convention sur les aliments échus étant valable (n° 122), quand la valeur donnée est inférieure à celle de ces aliments, l'*alimentarius* est censé avoir valablement transigé sur ces aliments. Ou bien la valeur donnée est supérieure à celle de ces aliments échus ou il n'y a point d'aliments échus; alors on l'imputera sur les aliments échus, s'il y en a, et pour l'excédent, l'*alimentarius* rendra seulement le montant de son enrichissement (L. 8, § 22, D., *de trans.*; — L. 23, § 2, D., *de cond. ind.*, 12, 6) [2].

Si l'on suppose que la convention annulée porte à la fois sur des aliments et sur une autre créance, la somme payée s'imputera d'abord sur cette dernière

[1] Cf. n° 12, note.

[2] Il ne faudrait pas dire, avec M. Jaubert (*Thèse*, p. 73), que « le débiteur de la rente peut répéter l'*excédant* », car si l'*alimentarius* a dissipé ce qu'il avait reçu, il n'aura rien à rendre, sans quoi il serait obligé de rendre cet excédant sur les aliments futurs et il n'aurait rien pour se nourrir pendant certain temps, ce qui serait contraire au vœu de la loi (L. 8, § 22, D., *de trans.*).

créance, et ensuite sur les aliments, suivant la distinction que nous venons de voir (L. 8, § 21, D., *de trans.*)[1].

127. — Quoiqu'il en soit, il y a des cas où le débiteur des aliments a le droit de répéter tout ou partie de ce qu'il a payé. Quelle action aura-t-il pour le répéter? il aura les quatre actions suivantes : 1° la *condictio indebiti*; 2° la *condictio ob rem dati ;* 3° la *condictio sine causa ;* 4° la *condictio ex injusta causa.*

Il convient cependant de remarquer que la question est controversée de savoir si une erreur de droit peut servir de base à une *condictio indebiti,* et que, dans notre hypothèse, il ne peut être question que d'une erreur de droit. Sans prétendre résoudre cette question, dont l'examen serait en dehors de notre cadre d'étude restreint, nous ferons observer seulement qu'il y a des cas où une erreur de droit permet certainement la répétition de l'indu, par exemple quand il s'agit de mineurs, de femmes, de gens sans instruction : dans ces cas au moins, la *condictio indebiti* est certainement donnée au débiteur des aliments, qui a transigé ignorant notre sénatus-consulte [2].

On a contesté la possibilité de la *condictio ob rem dati,* en disant « qu'elle suppose, ce qui manquerait ici, que celui contre qui on l'exerce devait, en retour de la dation

[1] M. Jaubert est certainement dans l'erreur, lorsqu'il présente ce texte comme accordant un droit de rétention toutes les fois que « l'*alimentarius* avait, *en dehors de la transaction,* un motif légitime pour retenir tout ce qu'il a reçu (p. 74). »

[2] Je renvoie pour plus de détails et pour les textes, à MM. Accarias, *Précis de Droit romain,* 3e édition, II, pp. 603 et 604 ; Appleton, *Cours de Droit romain,* II, p. 99.

qu'il a reçue, donner lui-même ou *faire* quelque chose qu'il ne donne pas ou ne fait pas [1] ». Mais la condition essentielle de la *condictio ob rem dati* qui manque ici, dit-on, ne nous paraît pas manquer. En effet, cette condition consiste dans l'obligation pour l'adversaire de donner ou de *faire* quelque chose. Or le mot *faire* s'applique aussi bien à un fait négatif qu'à un fait positif : c'est l'auteur même qui nous l'apprend dans un autre ouvrage [2]. Ici la *res* ou *causa*, car la *condictio ob* REM *dati* s'appelle aussi *condictio causa data*, CAUSA *non secuta*, est ce fait négatif de ne pas réclamer les aliments. Donc, la convention ayant été déclarée nulle, et les aliments étant ou devant être réclamés contrairement à la convention, le débiteur des aliments doit avoir le droit de dire que la cause de sa dation n'a pas suivi et d'intenter ainsi la *condictio ob rem dati*.

Quant aux deux autres *condictiones*, leur possibilité ne saurait être contestée, la cause de la dation n'existant plus ou étant injuste.

SECTION V

DES DROITS RÉSULTANT D'UN TESTAMENT

128. — La loi 6, D., *h. t.*, nous dit : « Sur les difficultés qui naissent d'un testament, on ne peut ni transiger, ni rechercher la vérité qu'après avoir vu et connu les

[1] Accarias, *Thèse*, p. 100.
[2] *Théorie des Contrats innommés*, pp. 20 et 21 ; — Cf. n° 76.

termes du testament. » Beaucoup d'auteurs [1] y voient une prohibition et prétendent qu'une transaction conclue sur un testament, sans avoir pris connaissance de ses termes, est nulle.

Voici comment on explique cette prohibition bizarre. On dit d'abord que les Romains avaient un respect superstitieux pour les testaments et qu'ils les considéraient même comme intéressant l'ordre public (L. 5, D., *testam. quemad. aperiant.*, 29, 3). On ajoute qu'il était à craindre que l'une des parties qui détenait le testament ne le cachât pour conclure une transaction avantageuse pour elle. Voilà les arguments rationnels qu'on invoque.

Quant aux arguments de texte, on les tire des lois 3, § 1; et 12, D., *de trans*. Ces deux textes décideraient qu'une transaction sur droits résultant d'un testament tombe dès qu'on découvre un codicille modifiant ce testament. C'est que, dit-on, cette transaction, conclue sans qu'on eût connaissance et du testament principal et du codicille, est nulle par application de notre loi 6.

129. — Toutes ces arguties, on ne les aurait pas inventées, si l'on rendait bien compte du sens exact de notre texte. En effet, la loi 6, attribuée à Gaius, n'est qu'une partie détachée d'un autre texte, plus complet (L. 1, § 1, D., *testam. quemad. aperiant.*, 29, 3). Au *proœmium* de ce fragment, le jurisconsulte cite un édit qui donne le droit de prendre communication et copie

[1] Voët, *Comm. ad Pand.*, *de trans.*; — Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit., II, p. 581; — Molitor, *op. cit.*, II, pp. 493 et 494; — Jaubert, *Thèse*, pp. 65 et suiv. ; — M. Appleton (*op. cit.*, II, p. 166) semble admettre la même opinion, lorsqu'il dit que « quelquefois des conditions spéciales sont requises », et qu'il cite notre loi 6.

d'un testament à tous ceux qui le désirent, et il ajoute au § 1 que cette décision est juste, parce « qu'on ne peut ni transiger ni rechercher la vérité, sur les difficultés qui naissent d'un testament, qu'après avoir vu et connu les termes du testament. » Ainsi la portée exacte de notre loi 6, en tant que texte de Gaius, est bien claire : c'était une raison *de fait* pour permettre la communication du testament. Le jurisconsulte n'a certainement pas voulu dire par là que la transaction conclue sans avoir pris connaissance des termes du testament est nulle. Ainsi le seul texte qui a entraîné tant d'auteurs à admettre cette prétendue prohibition n'a pas du tout le sens qu'ils lui prêtent.

130. — Après cette démonstration, les arguments de nos adversaires n'ont guère de valeur, mais examinons-les brièvement. D'abord, ce respect superstitieux des Romains pour les actes de dernière volonté ne suffirait pas pour déclarer nulle une transaction faite sans connaissance des termes du testament, attendu qu'il n'est pas toujours facile de connaître les termes de cet acte, quoi qu'en dise l'auteur de la thèse que j'ai citée dansla note précédente. Quant à la crainte des fraudes, elle existe non-seulement pour le testament, mais pour toutes les pièces établissant les droits respectifs des parties, et, de droit commun, ces fraudes ont pour conséquence d'annuler la transaction, comme nous verrons à la fin de cet ouvrage. Donc, si la prétendue nullité existait réellement dans notre hypothèse, ce serait une présomption légale invincible de fraude, qu'on expliquerait difficilement [1].

[1] Il ne suffit pas de dire, comme le fait l'auteur d'une des thèses dont il a été déjà parlé (Dumas, p. 39), que « les héritiers et léga-

Arrivons maintenant aux arguments de texte. Les deux textes sur lesquels on s'appuie ne résolvent pas notre question. En effet, qu'est-ce que nous disent ces textes ? Ils nous disent en substance que celui qui a fait une transaction sur le testament, s'il découvre plus tard un codicille, peut réclamer l'exécution de ce codicille. Ainsi ils ne tranchent que la question d'interprétation de la transaction, que nous examinerons plus tard. Mais voyons pour le moment combien l'argumentation de nos adversaires est peu solide. Ils prétendent que la transaction conclue sans prendre connaissance des termes du *testament* est nulle. Donc, pour le prouver, il faudrait trouver un texte qui annulât une transaction faite par quelqu'un qui n'avait pas connaissance du *testament.* Ce n'est pas précisément ce que font nos adversaires. Ils trouvent deux textes qui supposent, tous les deux, une personne ayant transigé sur le testament et découvrant ensuite un *codicille*, dont elle demande maintenant l'exécution, et ils veulent y voir une preuve que la transaction faite sans connaissance des termes du *testament* est nulle. Mais les textes ne disent pas du tout que cette personne n'avait pas connaissance des termes du *testament ;* au contraire, l'un d'eux (L. 12, D., *de trans.*) suppose clairement que le légataire avait connaissance de ce testament, en parlant, au commencement, de la première et de la seconde partie du testament. En tous cas, ce n'est pas

taires ont l'action *ad exhibendum* pour contraindre les détenteurs à communiquer le testament (L. 4, C., *ad exhibendum*, 3, 42). » Cet auteur semble avoir oublié que, pour intenter l'action *ad exhibendum* contre quelqu'un, il faut avoir la preuve que cette personne détient le testament: *si instrumenta tui juris, quæ penes diversam partem fuisse probaveris*, dit le texte cité. Or, ici, cette preuve est le plus souvent impossible.

parce qu'on n'avait pas connaissance du *testament*, que la loi permet de réclamer l'exécution du *codicille* mais c'est parce qu'on ignorait l'existence de ce *codicille*.

131. — Ainsi il me semble certain que la transaction conclue même sans avoir pris connaissance des termes du testament n'était pas nulle à l'époque classique [1]. Les compilateurs des Pandectes ont-ils voulu innover, comme tous les auteurs que je viens de citer en note paraissent être d'accord pour l'admettre, en détachant une partie de la loi 1, § 1, D., *testam. quemad. aperiant.*, 29, 3, pour en faire un texte spécial, la loi 6 de notre titre? Pour ma part, je ne le pense pas. Le principe sur les pièces découvertes après la transaction, est qu'elles ne font pas tomber la transaction valablement conclue (L. 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1 ; — L. 19, C., *de trans.*) [2]. Par application de ce principe, le testament dont l'une des parties transigeantes n'avait pas connaissance et qu'elle découvrirait après, ne suffirait pas pour annuler la transaction. Il faudrait donc, pour qu'on pût admettre le contraire, un texte autrement décisif que notre loi 6, dont j'espère avoir montré la véritable signification. Qu'on ne m'objecte pas que j'accuse ainsi les compilateurs de Justinien d'une inattention trop inexcusable : un travail si considérable achevé dans un délai si court est excusable de contenir une inadvertance semblable [3]. Les compilateurs, voyant le texte de Gaius traiter de la transaction,

[1] En ce sens : Cujas, *ad leg.* 1, D., *de trans.*; — Noodt, *de pact. et trans.*, cap. 18 ; — Accarias, *Thèse*, pp. 93 et 94 ; — Dumas, *Thèse*, pp. 38 et suiv.

[2] V. ci-après n° 235, 2°.

[3] Cf. n° 70.

ont peut-être jugé à propos de l'insérer au titre *de transactionibus*, sans réfléchir davantage sur la signification qu'on pourrait lui donner, à raison de la place qu'il occupe, détaché qu'il est, du reste du texte original.

CHAPITRE IV

DES PERSONNES QUI PEUVENT TRANSIGER

132. — La transaction supposant toujours des concessions réciproques (n° 22), implique nécessairement une aliénation, ou tout au moins une obligation contractée. Aussi ceux-là sont seuls aptes à transiger, qui peuvent aliéner ou s'obliger. Dès lors, il nous suffira d'appliquer à la transaction les principes généraux concernant la capacité et le pouvoir d'aliéner ou de s'obliger. Nous serons donc très-brefs sur les personnes dont la capacité ou le pouvoir ne présentent pas de particularités en notre matière.

Notre question en contient deux, comme on a dû le remarquer, d'après ce que nous venons de dire : 1° la question de capacité, c'est-à-dire celle de savoir qui peut transiger pour son propre compte ; 2° la question de pouvoir, c'est-à-dire celle de savoir qui peut transiger pour le compte d'autrui.

SECTION I

DE LA CAPACITÉ DE TRANSIGER

133. — En droit romain comme en droit français, la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Qu'il nous suffise donc d'énumérer les incapables.

Mais, avant de les passer en revue, il est essentiel de faire une observation, c'est que, dans notre langue juridique, l'incapacité suppose la possibilité de donner le consentement ; par conséquent, les personnes qui ne peuvent point donner leur consentement, comme les fous, les *infantes*, ne sont pas seulement incapables en droit, mais absolument inaptes à contracter en fait et que leurs actes ne sont pas seulement annulables, mais complètement inexistants (L. 1, §§ 12 et 13, D., *de obl. et act.*, 44, 7 ; — L. 5, D., *de div. reg. jur.*, 50, 17 ; — §§ 8 et 10, I., 3, 19).

§ 1. — Des pupilles

134. — Nous allons maintenant nous occuper des pupilles sortis de l'*infantia* et qui peuvent donner leur consentement à un acte, du moins aux yeux de la loi. Pour ces pupilles, la règle est qu'ils peuvent seuls rendre leur condition meilleure, mais non la rendre pire, c'est-à-dire qu'ils peuvent acquérir un droit ou obtenir une libération, mais non perdre un droit ou consentir une obligation (L. 13, § 29, D., *de act. empti*, 19, 1 ; — Pr., I., 1, 21 ; — Gaius, 3, § 107). Pour qu'un acte du pupille soit complètement valable, il faut l'*auctoritas* du tuteur [1].

Ainsi, quand le pupille a seul conclu une convention synallagmatique, et particulièrement une transaction, qui suppose toujours des concessions réciproques, il faut la décomposer, la maintenir dans la mesure de l'a-

[1] Même pour les actes passés avec l'*auctoritas tutoris*, le pupille peut demander la *restitutio in integrum*, s'il éprouve une lésion.

vantage consenti en faveur du pupille, et l'anéantir dans celle du sacrifice consenti par le pupille. Cette règle, qui, appliquée rigoureusement, conduirait souvent à une iniquité criante, est heureusement tempérée par ce principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 14, D., *de cond. ind.*, 12, 6; — L. 206, D., *de reg. jur.*, 50, 17). Voyons comment les choses vont se passer par suite de la combinaison de ces deux principes.

135. — Supposons d'abord que le pupille jouait le rôle de demandeur. Il ne perd pas son action, qu'il peut maintenant recommencer, et cela alors même que l'action devait s'éteindre *ipso jure*, s'il était majeur (V. n[os] 32 et suiv.). Seulement, pour ne pas se voir repoussé au moyen de l'exception de dol, il faut que notre pupille décharge son adversaire de l'obligation qu'il a contractée à son profit, ou lui rende ce qu'il a reçu en exécution de la transaction, dans la mesure du profit qu'il en a tiré.

Si l'on suppose maintenant que le pupille jouait le rôle de défendeur, l'action dont le demandeur a consenti l'abandon en sa faveur sera définitivement éteinte, si le pupille exécute de son côté la transaction. Il peut, s'il le préfère, invoquer la nullité de l'obligation qu'il a contractée, et s'il l'a déjà exécutée, il peut répéter ce qu'il a donné, par la *condictio sine causa* ; mais alors, son adversaire peut reprendre son action, si elle n'est pas éteinte *ipso jure*, et, dans le cas contraire, si l'extinction a eu lieu par acceptilation, il peut intenter contre le pupille la *condictio causa data, causa non secuta*, à l'effet d'obtenir soit l'exécution immédiate de son droit, soit la promesse de l'exécution ultérieure (LL. 4 et 10, D., *de cond. causa data, causa non secuta*, 12, 4).

136. — Quoi qu'il en soit, pour qu'une transaction consentie par un pupille puisse produire son effet tout entier, il faut que le tuteur donne son *auctoritas*. Mais l'*auctoritas tutoris* suffit-elle toujours pour que cette transaction soit valable ? Non ! depuis un sénatus-consulte rendu sur la proposition de Septime Sévère, les transactions qui ont pour effet l'aliénation d'un immeuble rustique ou suburbain, doivent être autorisées par le magistrat (L. 4, C., *de præd. et al. rebus minor.*, 5, 71). Constantin étendit cette exigence aux immeubles urbains et aux meubles précieux (L. 22, C., *de admin. tutor.*, 5, 37). Ainsi, dans le dernier état du droit, quand une transaction portant sur un immeuble ou sur un meuble précieux doit avoir pour effet de l'enlever au pupille, que la possession de cet objet appartienne au pupille ou à son adversaire [1], elle doit être autorisée par le magistrat. De même, quand elle a pour effet l'aliénation d'un de ces objets, moyennant quoi le pupille obtiendra l'abandon de la prétention de l'autre partie, elle demande aussi à être autorisée par le magistrat. A l'inverse, si la transaction n'a pour effet ni de faire perdre sur un de ces objets la prétention du pupille, ni de faire sortir un objet de ce

[1] Ce point est contesté par un grand nombre d'auteurs (Voet, *ad Pandect.*, II, 15, n° 2 ; Molitor, *Les Obligations en Droit romain*, 2e édit., II, pp. 494 et 495 ; Dumas, *Thèse*, pp. 70 et 71 ; et les nombreux auteurs cités par Voet). Ils prétendent que, quand la transaction a pour effet de laisser la chose litigieuse rentrant dans notre catégorie à l'adversaire du pupille, qui la possède déjà, elle n'a pas besoin d'être autorisée par le magistrat, parce que, disent-ils, en cas de doute, le possesseur est présumé propriétaire. Cette opinion, qui ne peut invoquer aucun texte à son appui, ne me paraît pas admissible. En effet, cette présomption, si présomption il y a, est loin d'être générale, elle a été établie principalement pour déterminer le rôle du possesseur dans une action en revendication, au point de vue de la preuve de la propriété. Il est donc plus que téméraire de l'appliquer à notre matière.

genre du patrimoine dudit pupille, aucune autorisation judiciaire n'est nécessaire, il suffit de l'*auctoritas tutoris*.

§ II. — Des mineurs de vingt-cinq ans

137. — Pendant longtemps, tous les pubères, sans aucune distinction d'âge, étaient pleinement capables. Mais la loi Plœtoria vint punir les gens coupables d'avoir trompé les mineurs de vingt-cinq ans, d'une amende et de l'infamie, et qui, probablement, admit une exception en faveur des mineurs trompés. En outre, le préteur accordait de bonne heure la *restitutio in integrum*, toutes les fois que les mineurs subissaient une lésion.

L'empereur Marc-Aurèle établit la curatelle générale des mineurs de vingt-cinq ans, qui, en droit, ne changea rien, mais en fait, rendit plus rares, et l'action criminelle de la loi Plœtoria, qui tomba probablement en désuétude, et l'exception admise par cette même loi, et enfin la *restitutio in integrum*.

Enfin, dans le dernier état du droit, on distinguait nettement les mineurs sans curateur des mineurs en curatelle. Les premiers étaient sous l'empire de la législation ancienne, c'est-à-dire qu'ils étaient en principe pleinement capables, mais qu'ils pouvaient obtenir la *restitutio in integrum*, toutes les fois qu'ils éprouvaient une lésion, sans parler de l'exception de dol qu'ils pouvaient toujours opposer à leurs cocontractants de mauvaise foi. Les seconds, au contraire, étaient désormais assimilés aux pupilles : ils ne pouvaient rendre leur condition pire sans l'assistance du curateur [1].

[1] Pour plus de détails et pour les textes, je renvoie à M. Accarias,

En me plaçant dans ce dernier état du droit et dans l'hypothèse des mineurs sans curateur, — car pour les autres mineurs, il suffira d'appliquer purement et simplement ce que nous avons vu au paragraphe précédent, — j'examinerai brièvement les conséquences d'une transaction faite par un mineur de vingt-cinq ans.

138. — Il faut d'abord écarter les mineurs qui ont obtenu la *venia ætatis* : ils ne peuvent plus demander la *restitutio in integrum* (L. 1, C., *de his qui veniam ætatis impetr.*, 2, 45). C'est à eux que se réfère probablement ce texte de Papinien, qui dit : « Celui qui n'est pas protégé au moyen de la restitution peut faire remise par convention des conséquences de la faute de ses tuteurs, car cette remise n'est pas réputée comme une donation, mais comme une transaction (L. 39, § 13, D., *de adm. et peric. tutor.*, 26, 7). » En effet, Papinien n'aurait pas employé cette périphrase : *Celui qui n'est pas protégé au moyen de la restitution* (*Eo qui restitutionis auxilio non juvatur*), pour désigner un majeur ; mais ce qu'il y a de décisif, c'est que les mineurs qui ont obtenu la *venia ætatis*, sont capables de transiger, mais non de faire une donation (L. 3, C., *si maj. fact. alien.*, 5, 74), tandis que les majeurs sont capables pour les deux actes.

Ainsi les mineurs qui ont obtenu du prince la *venia ætatis*, sont capables de transiger. Voilà la règle. A cette règle, il y a une exception, c'est que même après avoir obtenu la *venia ætatis*, les mineurs de vingt-cinq ans

Précis de Droit romain, 3e édition, I, pp. 412 et suiv. ; et à M. Appleton, *Cours de Droit romain*, I, pp. 63 et suiv. Je cite seulement les textes de notre titre qui se rapportent aux mineurs de vingt-cinq ans (LL. 4, 20, 22, 25 et 36, C., *de trans.*).

sont incapables d'aliéner les immeubles et les meubles précieux : les règles que nous avons posées à cet égard relativement aux pupilles, s'appliquent à ces mineurs (L. 3, C., *de his qui venia ætatis impetr.*, 2, 45).

139. — Envisageons maintenant un mineur de vingt-cinq ans, non pourvu de curateur et n'ayant pas obtenu la *venia ætatis*, et supposons qu'il ait obtenu la *restitutio in integrum* d'une transaction pour cause de lésion [1]. Le principe est que la transaction sera complètement anéantie et que les deux parties seront replacées dans le même état où elles étaient avant la convention. Pour appliquer ce principe, il est bon de distinguer suivant que l'action sur laquelle on a transigé est éteinte *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Est-elle éteinte *ipso jure* : le préteur donne au demandeur la même action à titre d'action utile. Est-elle éteinte *exceptionis ope* seulement : le magistrat accorde au demandeur l'action primitive, avec une réplique fondée sur la *restitutio in integrum* contre l'exception de transaction réclamée par l'autre partie (L. 2, C., *si adv. trans.*, 2, 32 ; — L. 3, C., *de accept.*, 8, 44) [2].

[1] Cette *restitutio in integrum* n'est pas spéciale aux mineurs sans curateur : elle peut être demandée aussi par les mineurs en curatelle et les pupilles. Mais ces deux dernières catégories d'incapables ont généralement la nullité de l'acte, qui les protège, et dans ce cas, la *restitutio in integrum*, qui est un moyen subsidiaire, ne sera pas accordée (L. 16, pr., D., *de minor.*, 4, 4). Ce n'est donc qu'en cas que les actes soient valables, mais causent une lésion à l'incapable, que la *restitutio in integrum* aura lieu.

[2] On a prétendu que, quand l'action du mineur est éteinte seulement *exceptionis ope*, il n'y a pas lieu à *restitutio in integrum*, car le mineur peut intenter l'action primitive et briser l'exception de transaction au moyen d'une réplique de dol. Ceci est manifestement démenti par la loi 2, C., *si adv. trans.*, 2, 32. Sans doute, il y a un cas où le mineur peut opposer une répique de dol sans obtenir pour cela

Quant à l'engagement pris moyennant l'abandon de l'action, il ne recevra pas d'exécution, ou s'il a déjà été exécuté, il y aura lieu à répétition. Seulement il y a une faveur toute particulière pour le mineur, qui ne restituera jamais que ce dont il sera enrichi (L. 7, § 5; L. 27, § 1, D., *de minor. XXV annis*, 4, 4).

Tant qu'un mineur de vingt-cinq ans, non pourvu de curateur, n'obtiendra pas la *restitutio in integrum*, dont l'opportunité est laissée au pouvoir discrétionnaire du magistrat, toutes transactions qu'il aura consenties seront valables, comme ayant été faites par un homme parfaitement capable ; sauf dans un cas, c'est quand elles portent sur les immeubles ou les meubles précieux. En effet, ici, nous avons vu que les mineurs ayant obtenu la *venia ætatis* sont encore obligés d'avoir l'autorisation du magistrat : à plus forte raison, ceux qui n'ont pas obtenu cette faveur du prince, sont-ils soumis à la même règle.

§ III. — Des prodigues

140. — Les prodigues interdits sont assimilés aux pupilles, et comme eux, ils ne peuvent que rendre leur condition meilleure (L. 6, D., *de verb. obl.*, 45, 1; — L. 3, D., *de novat.*, 46, 2).

la *restitutio in integrum* : c'est lorsque la mauvaise foi de son cocontractant est prouvée (V. n° 138). Mais, pour cela, il faut commencer par prouver cette mauvaise foi, qui est toujours difficile à prouver. C'est pourquoi on recourait peut-être plus souvent à la *restitutio in integrum*, qui s'accordait assez facilement au profit d'un mineur, ce qui expliquerait les termes généraux dont se sert la loi 2 que nous avons citée.

§ IV. — Des fils de famille

141. — La capacité des fils de famille diffère suivant qu'ils traitent avec leurs pères de famille ou avec des tiers. Dans le premier cas, ils ne peuvent être *civiliter* ni créanciers ni débiteurs; ils peuvent l'être seulement *naturaliter*.

Dans le second cas, il faut faire une distinction entre l'acquisition et l'aliénation. Au point de vue de l'acquisition, les fils de famille ne peuvent acquérir que pour le compte de leurs pères de famille. Au point de vue de l'aliénation, il ne peut être question de l'aliénation directe, les fils de famille n'ayant en principe aucun patrimoine propre : je ne parle donc que de l'aliénation indirecte au moyen d'une obligation. Ici la capacité des fils de famille n'est pas la même suivant qu'ils sont pubères ou impubères. Sont-ils impubères : ils ne peuvent s'obliger, même avec l'autorisation de leurs pères (L. 141, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1 ; — § 10, *in fine*, I., 3, 19). Ils ne contractent que des obligations naturelles. Sont-ils déjà pubères : ils sont parfaitement capables ; mais leurs obligations ne peuvent recevoir exécution que quand ils seront devenus *sui juris*, car ils n'ont en principe aucun patrimoine, pendant qu'ils sont *in patria potestate*, et leurs obligations ne répercutent pas généralement sur le patrimoine de leurs pères (L. 39, D., *de oblig.*, 44, 7 ; — L. 141, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1 ; — L. 8, § 4, D., *de accept.*, 46, 4).

142. — L'application de ces principes en matière de transaction semblerait conduire souvent à une injustice

criante. Prenons un exemple : un fils de famille réclame un immeuble faisant partie de son pécule et possédé actuellement par un autre; il intervient une transaction entre eux, d'après laquelle le possesseur de l'immeuble promet de le restituer et le fils de famille de payer une certaine somme. Supposons que les deux parties stipulent : il naît une action *ex stipulatu* au profit de chacune. Le fils de famille acquiert pour le compte de son père une action par laquelle il peut, lui ou son père, forcer l'autre partie à restituer l'immeuble. Son adversaire acquiert aussi une action *ex stipulatu* contre lui et ne peut pas lui opposer l'exception de dol ; mais cette action, qu'il peut sans doute intenter dès à présent, n'aboutira pas à un résultat satisfaisant, car le fils de famille n'a pas de bien propre en principe, et il ne peut pas intenter cette action contre le *paterfamilias*. Voilà le résultat inique auquel aboutissait dans le très-ancien droit l'application des principes concernant les fils de famille, mais qui ne tarda pas à être tempéré par les différentes restrictions que nous allons étudier.

143. — Première restriction. Sur les biens rentrant dans les pécules *castrense* et *quasi-castrense*, le fils de famille peut seul et librement transiger, comme s'il était *sui juris*; et le père n'aurait aucune qualité pour transiger sur ces biens. Il faut ajouter que les transactions consenties par les fils de famille peuvent toutes être exécutées sur ces biens.

Sur le pécule adventice, pour que la transaction soit valablement faite, il faut le consentement du père et du fils. Quand le fils de famille est impubère ou absent, le père peut seul transiger, mais le fils a la ressource de

la *restitutio in integrum* en cas de lésion. C'est du moins le droit de Justinien. Quant aux transactions consenties par le fils de famille et qui ne portent pas sur le pécule adventice, elles ne sauraient être exécutées sur ce pécule, pendant que notre fils de famille est *in potestate* [1].

144. — Deuxième restriction. Pour le pécule profectice, et autrefois il n'y avait que ce pécule, c'est-à-dire les biens dont le père. confie l'administration au fils, il faut faire une démarcation entre les fils de famille ayant la libre administration de ce pécule et ceux qui ne l'ont pas. Pour ces derniers, ils ne peuvent pas transiger sur les biens contenus dans ce pécule, car les fils de famille n'ayant pas la libre administration de leur pécule ne peuvent pas l'aliéner et la transaction renferme l'aliénation, ou plus exactement, ils peuvent obtenir l'abandon de la prétention de l'autre partie sur ces biens, mais ils ne peuvent pas abandonner leur prétention sur ces mêmes biens.

Quant aux fils de famille ayant la libre administration de leurs pécules profectices, ils peuvent les aliéner à titre onéreux, et par suite *transactionis causa,* la transaction supposant toujours des concessions réciproques (L. 28, § 2, D., *de pactis*, 2, 14 ; — L. 8, § 5, D., *quib. modis pignus,* 20, 6 ; — L. 7, pr., D., *de donat.*, 39, 5 ; — L. 34, pr., D., *de novat.*, 46, 2). Au reste, la question de savoir si le père, en donnant un pécule à son fils, a voulu lui accorder le pouvoir de transiger

[1] Pour les détails et les textes, V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, I, pp 727 et suiv. ; II, p. 1186, *in fine* ; Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, I, pp. 133 et 134.

sur ce pécule, est une question de fait (L. 1, § 1, D., *quæ res pign.*, 20, 3).

Pour les obligations contractées par le fils de famille en retour de l'abandon de la prétention de l'autre partie, et d'une manière plus générale, toutes les obligations contractées par lui, même à l'occasion d'une affaire tout à fait étrangère au pécule profectice, elles s'exécutent sur ce pécule, sans même avoir à distinguer entre le cas où le *filiusfamilias* a la libre administration de ce pécule et celui où il ne l'a pas. Du reste, il faut que la transaction soit sérieuse et ne déguise pas une donation [1].

145. — Voilà les principes. Voyons maintenant comment il faut les appliquer.

D'abord, si le *paterfamilias* profite de la transaction conclue par son fils, il est tenu dans cette mesure par l'action *de in rem verso* sur tous ses biens autres que ceux qui sont contenus dans le pécule. Pour le reste, ou quand la transaction ne profite nullement au *paterfamilias*, si ce n'est indirectement par le canal du pécule, cette transaction s'exécute sur le pécule jusqu'à concurrence de son actif, au moyen de l'action *de peculio*.

Il convient toutefois de remarquer que dans les contrats synallagmatiques, et la transaction revêt sou-

[1] C'est peut-être par cette idée qu'on doit expliquer le texte de Marcien (L. 1, § 1, *quæ res pign.*, 20, 3), où il est dit que le fils de famille, pas plus que l'esclave, ne peut obliger son pécule pour autrui, *comme il ne peut pas faire une donation (sicut nec donare eis conceditur)*. Or nous verrons bientôt que le fils de famille, à la différence de l'esclave, peut intercéder pour autrui. Mais, comme il ne peut pas faire de donation, il ne peut pas incéder *donandi animo*: voilà, il me semble, tout ce que Marcien veut dire par ce texte. Ce qui me le fait croire, c'est cette incidente: *Sicut nec donare*, etc.

vent [1] cette forme, ces règles qui s'appliquent rigoureusement au cas où c'est l'autre partie qui agit contre le *paterfamilias*, reçoivent une dérogation, toute d'équité, dans le cas contraire : le *paterfamilias* qui poursuivra l'exécution d'un contrat synallagmatique se trouvera obligé de l'exécuter aussi de son côté, non plus dans la mesure de son enrichissement et de l'actif du pécule, mais dans l'intégralité de l'obligation (L. 31, § 1, D., *de reb. cred.*, 12, 1 ; — L. 9, pr., D., *de compens.*, 16, 2 ; — L. 57, pr., D,, *de æd. ed.*, 21, 1).

146. Troisième restriction. — Nous venons de parler de l'action *de in rem verso* qui n'était qu'un préliminaire de l'action *de peculio*, ou pour être plus exact, qui était virtuellement contenue dans cette dernière action (§ 4, I., 4, 7). Mais elle peut aussi être intentée isolément (L. 1, §§ 1 et 2, D., *de in rem verso*, 15, 3).

147. Quatrième restriction. — Quand le père de famille a donné ordre à son fils de faire une transaction, le tiers qui a contracté avec ce fils de famille a l'action *quod jussu* contre le père.

148. Cinquième restriction. — Quand le père a préposé son fils à l'exploitation d'un navire ou d'un commerce, si le fils transige dans l'intérêt de l'exploitation dont il est chargé, cette transaction peut être invoquée contre le père, au moyen de l'action exercitoire ou institoire.

[1] Je ne dis pas toujours, car quand, par exemple, la transaction est suivie de stipulations des deux côtés, comme je l'ai supposé plus haut (n° 142), il y a deux contrats unilatéraux, légalement indépendants l'un de l'autre.

149. — Ainsi, en général, le fils de famille transige valablement, contracte des obligations civiles et oblige même son père dans les cas que nous venons d'énumérer.

Il y a cependant un cas où il ne peut pas transiger valablement, c'est quand la transaction porte sur un emprunt d'argent, fait contrairement au sénatus-consulte Macédonien. Ici le fils de famille qui transige ne contracte qu'une obligation naturelle, et il n'oblige jamais le père, même dans la mesure du pécule, à moins que le père n'ait donné approbation à cette transaction.

§ V. — Des filles de famille

150. — Jusqu'à l'époque classique, les filles de famille étaient complètement incapables de s'obliger civilement (L. 3, § 4, D., *commodati*, 13, 6; — G., III, § 104; — F. V., § 99).

A l'époque de Justinien, les filles de famille sont assimilées aux fils de famille [1].

§ VI. — Des esclaves

151. — Ici encore, il faut distinguer les rapports de l'esclave avec son maître et ses rapports avec les tiers. Dans ses rapports avec son maître, sa capacité est la même que celle du fils de famille : il est incapable d'être créancier ou débiteur civil; il peut être créancier ou débiteur naturel.

[1] C'est ce qui résulte de l'altération certaine qu'on trouve dans un texte de Gaius (L. 141, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1), où il faut substituer *pubere* à *impubere*.

Dans ses rapports avec les tiers, il peut acquérir des droits, mais seulement pour le compte de son maître, et il n'existe pas ici ces exceptions qui existaient pour les fils de famille (n° 148). Quant au point de vue de l'aliénation, il faut partir de cette idée que l'esclave n'ayant point de personnalité, n'est jamais capable, ce qui le sépare nettement du fils de famille. Ainsi, en principe, il ne s'oblige jamais civilement, et il n'oblige pas non plus son maître. A ce dernier point de vue, les quatre dernières restrictions, dont il a été question pour le fils de famille, s'appliquent aussi ici. Seulement celle qui est relative au pécule doit être accompagnée d'une observation, qui la modifie un peu. L'esclave, à la différence du fils de famille, n'a pas de capacité propre. Si donc il est capable de grever son pécule d'obligations, c'est qu'il emprunte la capacité du maître, qui, en constituant ce pécule, lui a donné le pouvoir de l'administrer. Ainsi, quand il contracte des obligations relativement à son pécule, il oblige son maître dans la mesure du pécule, même malgré lui (L. 29, § 1 ; L. 47, pr., D., *de peculio*, 15, 1). Mais, quand il s'oblige sans aucune utilité pour son pécule, il n'a plus cette capacité d'emprunt et ses actes ne sont plus valables civilement. Voilà pourquoi, à mon avis, l'esclave ne peut pas intercéder pour autrui, tandis que le fils de famille le peut très-bien (L. 30, § 1, D., *de pactis*, 2, 14 ; — L. 3, §§ 5, 6 et 9 ; L. 47, § 1, D., *de peculio*, 15, 1). C'est que, ici, il est trop évident que l'obligation de l'esclave est sans aucun rapport avec le pécule. Si, pour les autres actes, nous n'avons pas de texte qui les déclare nuls, peut-être les présumait-on faits dans l'intérêt du pécule [1].

[1] On admet généralement que le pécule doit répondre de toutes les

J'ajoute que l'esclave qui ne s'oblige jamais civilement par un contrat[1], s'oblige toujours naturellement.

SECTION III

DU POUVOIR DE TRANSIGER POUR AUTRUI

152. — A la différence de la capacité, le pouvoir de transiger, c'est-à-dire le droit de transiger pour le compte d'autrui, est l'exception, et il ne résulte que d'une convention ou d'une disposition de la loi. Ainsi, en prenant le contre-pied de la section précédente, nous allons énumérer ceux qui ont le pouvoir de transiger.

Nous en avons déjà vu deux : le fils de famille, qui a le pouvoir de transiger au nom de son père dans certains cas et avec certains effets ; et l'esclave, qui peut aussi transiger pour son maître. Nous n'en parlerons donc plus, et nous allons indiquer les autres personnes ayant le pouvoir de transiger.

153. — D'abord, le tuteur a le pouvoir de transiger pour son pupille (L. 46, § 7, D., *de admin. et peric. tut.*,

obligations de l'esclave, sans distinguer si elles sont relatives ou non au pécule, et que l'incapacité d'intercéder pour autrui n'est qu'une exception, qui s'expliquerait par le danger qu'il y aurait à laisser cette faculté à l'esclave (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édition, II, pp. 387 et 1181 ; Appleton, *Cours de Droit romain*, II, p. 126 — M. Accarias paraît cependant adopter notre opinion dans sa *Thèse*, p. 110). Mais l'opinion que nous avons exposée au texte nous semble préférable. Les deux textes que nous avons cités plus haut et sur lesquels on s'appuie dans l'autre opinion (L. 29, § 1 ; L. 47, pr., D., *de peculio*, 15, 1), peuvent très-bien être expliqués comme statuant sur les contrats relatifs au pécule.

[1] Il s'oblige civilement par ses délits.

26, 7 ; — L. 54, § 5 ; L. 56, § 4, D., *de furt.*, 47, 2), que celui-ci soit encore *infans* ou déjà sorti de l'*infantia*. Dans le premier cas, c'est la nécessité, car l'*infans* ne peut pas transiger lui-même ; dans le second, cela n'est pas nécessaire en général, attendu que l'impubère sorti de l'*infantia* peut transiger lui-même avec *l'auctoritas* de son tuteur; mais il ne faut pas perdre de vue le cas de son absence, et de plus, il est souvent beaucoup plus simple pour le tuteur de consentir une transaction lui-même que de se porter *auctor;* d'autant plus que le pupille, bien que sorti de l'*infantia*, n'est souvent pas plus capable qu'un *infans*, de s'occuper des actes de la vie civile.

154. — Quand le tuteur veut transiger seul au moyen d'une acceptilation à faire ou à recevoir, on ne conçoit pas d'abord comment il peut y arriver, parce que l'acceptilation étant un de ces actes légitimes, ne permet pas la représentation. Voici comment on tourne cette petite difficulté : on commence par nover, et le tuteur devient créancier ou débiteur à la place de son pupille, et peut alors faire ou recevoir l'acceptilation (L. 13, § 10, D., *de accept.*, 46, 4). On a contesté la légalité de ce procédé, en disant que la novation par changement de créancier ne peut s'opérer que sur l'ordre de l'ancien créancier (L. 20, pr., D., *de novat.*, 46, 2) [1]. Pour ma part, je crois qu'on peut l'expliquer de la manière suivante. Il est vrai que la novation par changement de créancier demande le consentement de l'ancien créancier [2]. Mais des textes formels accordent au tuteur

[1] Accarias, *Thèse*, p. 104.

[2] Je citerai, outre le texte cité par M. Accarias : LL. 8, § 5 ; 16 ; 22, D., *de novat.*, 46, 2.

le pouvoir de donner ce consentement à la place du pupille (L. 22, D., *de admin. et peric. tut.*, 26, 7; — L. 20, § 1, D., *de novat.*, 46, 2). Il est donc certain que le tuteur peut nover au nom de son pupille. Ce qu'il y a de plus douteux, c'est le point de savoir si le tuteur peut jouer dans une novation à la fois le rôle de l'ancien créancier au nom de son pupille, et celui du nouveau en son nom propre. Il faut répondre en principe que cela n'est pas possible (L. 18, D., *de auctor. tut.*, 26, 8; — I., 1, 21, § 3; — G., I, § 184; — U., 11, § 24)[1]. Mais, ici, les Romains ont mis de côté ce principe avec raison, car il n'y a pas l'intérêt du tuteur opposé à celui du pupille, qu'il est chargé de représenter, mais c'est uniquement dans l'intérêt du pupille qu'il agit.

La règle que nous venons d'expliquer s'applique aussi aux curateurs de l'adolescent, du fou, du prodigue, et au mandataire (L. 20, § 1; L. 34, § 1, D., *de novat.*, 46, 2; — L. 3; L. 13, § 10, D., *de accept.*, 46, 4).

155. — Le principe que le tuteur peut transiger pour son pupille, n'est vrai que sous bénéfice des quatre observations suivantes :

1° Ce sont les tuteurs onéraires seuls qui ont le pouvoir de transiger, et non les tuteurs simplement honoraires (L. 17, § 2, D., *de jurej.*, 12, 2; — L. 56, § 4, D., *de furt.*, 47, 2).

2° Il faut que la transaction ne cache pas une libéralité (L. 46, § 7, D., *de admin. et peric. tut.*, 26, 7). Cependant cette interprétation du texte, qui nous semble seule vraie, n'est pas acceptée par tout le monde. Les uns

[1] Tous ces textes se rapportent au tuteur *auctor*, mais pour le tuteur gérant, il y a une raison *a fortiori*.

disent que l'expression *diminuendi causa*, qu'on y trouve, ne signifie pas *donandi causa*, comme nous le pensons, mais que le jurisconsulte a voulu dire par là que le tuteur ne peut faire aucune transaction impliquant un sacrifice quelconque pour le pupille [1]. Cette opinion nous semble inadmissible, car elle conduit à rien moins qu'à interdire complètement au tuteur de transiger pour son pupille, toute transaction supposant la réciprocité de sacrifices. Elle aboutit donc à contredire notre texte, qui semble permettre au tuteur de transiger, et les autres textes plus formels que nous avons cités plus haut (n° 153).

D'autres, sans aller jusque-là, en comprenant bien la gravité de notre objection, veulent cependant admettre une distinction : la transaction est-elle avantageuse pour le pupille, elle serait valable ; est-elle au contraire désavantageuse, elle serait nulle [2]. Cette interprétation des mots *diminuendi causa* ne nous satisfait point non plus. En effet, qu'entend-on par *transaction désavantageuse?* C'est apparemment une transaction qui cause un préjudice, une lésion, au pupille. Mais nous allons voir bientôt que toute transaction qui cause une lésion au pupille est attaquable par la *restitutio in integrum*. Dès lors, cette prétendue nullité ferait un double emploi avec la *restitutio in integrum*. Elle ne nous paraît pas d'ailleurs admissible, en présence des deux autres textes (L. 54, § 5 ; L. 56, § 4, D., *de furtis*, 47, 2), qui ne font aucune distinction : les mots *diminuendi causa* employés dans notre loi 46 et auxquels on veut donner un sens qui est pour le moins douteux, ne nous

[1] Cujas, *Responsa Pauli*, lib. IX, ad L. XLVI, *de admin. tut.*, § 7.

[2] M. Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, I, p. 59.

paraissent pas suffisants pour admettre une restriction au principe posé par des textes si formels.

3° Depuis les empereurs Septime Sévère et Constantin, le tuteur ne peut plus transiger sur les immeubles et les meubles précieux. C'est même principalement pour les tuteurs qui gèrent, que les règles furent posées (V. n° 136 et textes qui y sont cités).

4° Enfin, même les transactions valables consenties par le tuteur peuvent être anéanties au moyen de la *restitutio in integrum*, toutes les fois qu'elles causeraient une lésion au pupille (L. 1, C., *si adv. trans.*, 2, 32).

156. — Tout ce que nous avons dit du tuteur, s'applique en général, *mutatis mutandis*, aux curateurs du mineur de vingt-cinq ans, du fou, du prodigue, et même du pupille : nous n'en parlerons donc pas davantage.

157. — Avant d'arriver au mandataire proprement dit, débarrassons-nous d'abord de deux catégories d'individus qu'on peut désigner sous le nom de mandataires légaux, avec le tuteur et le curateur que nous venons de voir : ce sont les administrateurs des cités et les *procuratores Cæsaris*.

Les premiers transigent valablement, quand il y a une difficulté sérieuse ; mais toute transaction qui déguiserait une mesure de faveur serait rescindée par le président de la province (L. 12, C., *de trans.*). Cette décision n'est, du reste, qu'une application d'une règle plus générale, posée dans la loi 4, pr., D., *de decr. ob ord. fac.*, 50, 9.

Quant aux *procuratores Cæsaris*, ils ne peuvent transiger qu'avec le consentement du prince, leur fonction con-

sistant uniquement à gérer, et non à disposer (L. 13, D., *de trans.*; — L. 1, § 1, D., *de off. procur. Cæs.*, 1, 19).

158. — Passons maintenant au mandataire proprement dit. Un premier point certain, c'est qu'un mandataire qui a reçu un mandat spécial de transiger a le pouvoir de transiger. Un second point non moins certain, c'est qu'un mandataire *in rem suam* peut valablement transiger, n'étant tenu de rendre compte à personne (L. 13, § 1, D., *de pact.*, 2, 14). Un troisième point aussi certain, mais en sens inverse, c'est qu'un mandataire *ad litem* n'a pas le pouvoir de transiger, car autre chose est plaider, autre chose est transiger (L. 13, pr., D., *de pact.*, 2, 14 ; — L. 7, C., *de trans.*) [1].

159. — Le point difficile est donc de savoir si un mandataire général (*procurator omnium rerum* ou *omnium bonorum*) a le pouvoir de transiger. Ce qui nous embarrasse, c'est que nous avons deux textes contradictoires (L. 12, D., *de pact.*, 2, 14 ; — L. 60, D., *de procur.*, 3, 3). Le premier de ces textes dit formellement qu'un mandataire général peut valablement transi-

[1] D'après Lenel (*Palingenesia, Pauli ad Edictum*, lib. III), la loi 13, *de pact.*, contiendrait une interpolation des commissaires de Justinien ; le texte primitif aurait parlé du *cognitor* et non du *procurator*. Cf. Missol, *Thèse de Doctorat*, Lyon, 1887, p. 71. Quoiqu'il en soit, les raisons sont les mêmes pour les deux sortes de mandataire. Le mandataire *in rem suam*, qu'il soit *cognitor* ou *procurator*, n'a pas à rendre compte de sa gestion : il peut donc faire ce qu'il veut. Le mandataire spécial *ad litem*, de quelque manière qu'il ait reçu son mandat, n'a que le pouvoir de plaider : il ne peut donc pas transiger.

J'ajoute que, pour le *procurator* spécial *ad litem*, le rescrit de Gordien (L. 7, C., *de trans.*), qui ne porte aucune trace d'interpolation, décide formellement qu'il ne peut pas transiger valablement. Il faut remarquer que ce rescrit, rendu en 240, appartient encore à l'époque classique.

ger, tandis que le second texte lui dénie, non moins formellement, ce pouvoir. Le tout est donc de savoir si cette contradiction est réelle, ou si l'on peut concilier ces deux textes, dont la contradiction ne serait alors qu'apparente.

Dans une première opinion, on fait une distinction qui, par elle-même, n'a rien de déraisonnable : quand le mandant est présent, rien n'empêche le *procurator* de lui demander un mandat spécial de transiger sur une affaire déterminée, donc le *procurator* n'a pas le pouvoir de transiger sans consulter le mandant ; au contraire, lorsque le mandant est absent, il est impossible pour le mandataire général de lui demander un mandat spécial de transiger, donc ce mandataire doit avoir le pouvoir de transiger [1]. On s'appuie sur les textes qui permettent aux administrateurs des cités, de transiger sur les affaires intéressant leurs citées respectives, et qui n'accordent pas le même pouvoir aux *procuratores Cæsaris :* dans le premier cas, la cité étant une personne morale, ne peut donner son consentement pour charger les administrateurs de transiger pour elle ; tandis que, dans le second cas, l'empereur peut toujours donner un mandat spécial de transiger à ses *procuratores*, s'il le juge utile. Outre qu'il est téméraire d'assimiler un mandataire ayant reçu par convention un mandat d'un particulier, à un individu ayant un pouvoir public, cette assimilation n'est fondée sur aucun texte, les deux fragments contradictoires que nous avons cités ne parlant ni l'un ni l'autre de la présence ou de l'absence du mandant.

[1] Jaubert, *Thèse*, pp. 51 et 52. — Cf. Pothier, *Traité du Contrat de Mandat*, n° 157 (édit. Bugnet, V, pp. 236 et 237).

160. — La seconde opinion admet une autre distinction : si le mandataire est simplement *procurator omnium rerum*, il n'aura pas le pouvoir de transiger ; mais, s'il est *procurator omnium rerum cum libera administratione*, il pourra transiger [1]. Cette opinion, qui nous semble attacher trop d'importance aux mots employés par les parties, n'a même pas le mérite de s'appuyer sur les termes des textes, car le texte qui accorde formellement le pouvoir de transiger au mandataire général (L. 12, D., *de pact.*, 2, 14) ne parle que du *procurator omnium rerum*.

161. — Une troisième opinion essaye de concilier nos deux textes, en supposant bien gratuitement que la loi 60, *de procur.*, ne vise qu'un mandataire général *ad lites*, tandis que la loi 12, *de pact.*, concerne le mandataire général *ad negotia* [2]. Ainsi, d'après cette opinion, le mandataire général *ad negotia* aurait toujours le pouvoir de transiger ; mais le mandataire général *ad lites* ne pourrait jamais transiger. Les arguments qu'on donne sont bien faibles. On dit que la loi 17, § 3, D., *de jurej.*, 12, 2, accorde au mandataire général *ad negotia* le pouvoir de déférer le serment, et que, par analogie, il doit avoir le pouvoir de transiger [3]. On ajoute, d'autre part, que la loi 60, *de procur.*, se trouve sous un titre dont la plus grande majorité des fragments se réfère aux *procuratores ad litem*, et que, dès lors, il n'est pas étonnant que notre texte, bien qu'il ne le dise pas

[1] Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit., II, p. 254.
[2] Accarias, *Thèse*, pp. 113 et 114.
[3] Voici ce texte, tel qu'il est donné par le Digeste : PROCURATOR *quoque quod detulit, ratum habendum est : scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si idipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.*

expressément, se rapporte néanmoins au *procurator ad lites*.

Nous faisons observer d'abord qu'on ne peut pas argumenter en notre matière d'un texte relatif au serment, car nous avons vu que, malgré leur ressemblance à certains égards, la transaction et le serment ne se confondent pas (n° 27, 5°), ce que l'auteur que nous combattons enseigne lui-même (*Thèse*, p. 19). L'authenticité de la loi 17, § 3, *de jurej.*, est d'ailleurs contestée. Lenel (*Op. cit.*, *Pauli ad Edictum*, lib. 18) soutient que les mots : *Scilicet... procurator sit*, ont été interpolés; il ne resterait alors que les premiers mots du paragraphe : PROCURATOR *quoque quod detulit, ratum habendum est;* ce qui voudrait dire que le mandataire qui a reçu mandat spécial de faire un pacte de serment, peut déférer valablement le serment. Quant à l'argument tiré de ce que le titre *de Procuratoribus* contient surtout des fragments relatifs aux *procuratores ad litem*, il est loin d'être concluant, d'autant plus que les deux fragments qui précèdent notre loi 60 se rapportent au *procurator omnium rerum*. Bref, ce système ne s'appuie en réalité que sur le seul texte de la loi 12, *de pact.*, et en supposant gratuitement que la loi 60, *de procur.*, se rapporte au *procurator ad lites*; il ne peut échapper à la critique que nous avons adressée aux deux systèmes précédents, savoir que l'on ajoute aux textes ce qu'ils ne disent pas [1].

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 113) suppose que « cette loi déclare obligatoire pour le mandant le pacte *de non petendo, même gratuit*, consenti par un mandataire général. » Ceci nous semble inexact; le texte ne déclare nullement que le mandataire général peut consentir un pacte *de non petendo, même gratuit :* il déclare simplement que ce mandataire peut faire un *pacte* (*pacisceretur*). Or un pacte peut n'être pas un pacte *de non petendo,* bien que les jurisconsultes aient coutume d'indiquer souvent ce pacte par le mot *pacte* tout court.

162. — Selon nous, voici la vérité. A l'époque classique, le mandataire général n'avait pas le pouvoir de transiger, et c'est la loi 60, *de procurat.*, sans correction ni addition, qui dit le vrai. Quant à la loi 12, *de pact.*, nous prétendons qu'elle contient une interpolation [1]; nous croyons que les mots *sive omnium rerum mearum procurator fuit* et la syllabe *ve* dans la proposition précédente après la conjonction *si*, ont été ajoutés par les compilateurs. Nous avons vu au numéro précédent, d'après Lenel, une interpolation analogue dans la loi 17, § 3, *de jurej*. C'est que les pouvoirs des mandataires ont été peu à peu étendus par les empereurs, et qu'à l'époque de Justinien, le mandataire général avait, à notre sentiment, le pouvoir de transiger.

Ce qui confirme notre conjecture, c'est que Modestin, dans un texte qui ne porte aucune trace d'interpolation importante[2] (L. 63, D., *de procur.*, 3, 3), nous dit que le mandataire général n'a pas le pouvoir d'aliéner, tandis qu'un texte de Justinien (I., 2, 1, § 43)[3] décide le contraire.

Bien mieux, un pacte *de non petendo* peut n'être pas gratuit : nous avons vu (nos 32 et suiv.) qu'un pacte *de non petendo* peut intervenir *transactionis causa*, et l'auteur dont il est question le dit aussi (*Thèse*, pp. 22 et suiv.). On n'a donc pas le droit de conclure de ce qu'une personne peut faire un *pacte*, qu'elle a le droit de consentir un pacte *de non petendo, même gratuit*. Il est de plus inadmissible qu'un mandataire général puisse faire un pacte *de non petendo gratuit*, c'est-à-dire une libéralité. Ce texte vise donc surtout un *pacte de transaction*.

[1] Voici ce fragment, tel que nous le trouvons au Digeste : *Nam et nocere constat : sive ei mandavi, ut pacisceretur*, SIVE OMNIUM RERUM MEARUM PROCURATOR FUIT...

[2] Lenel relève une interpolation évidente, mais qui n'a d'ailleurs aucune influence sur notre question (*Op. cit., Modestini Differentiarum*, lib. 6). Il conjecture avec raison que les mots *neque servos*, qui s'y trouvent après *neque mobiles, vel immobiles*, auraient été mis à la place des mots *nec mancipi*.

[3] Ce texte a dû être copié sur le livre II des *Res quotidianæ* de

Or, nous avons vu que, pour transiger, il faut avoir la capacité et le pouvoir d'aliéner (n° 132). Donc il est tout naturel que le mandataire général, qui ne pouvait pas aliéner à l'époque classique, ne pouvait pas non plus transiger, et qu'au temps de Justinien, ayant acquis le pouvoir d'aliéner, ils avaient acquis aussi celui de transiger.

Au reste, la question de savoir si un mandataire a le pouvoir de transiger est avant tout une question de fait. Le juge doit donc rechercher l'intention probable du mandant ; il ne doit pas attacher trop d'importance aux termes employés dans le contrat. Cette manière de voir est parfaitement conforme à la nature du mandat, qui est un contrat de bonne foi.

Gaius, dont un fragment se trouve inséré à la loi 9, § 4, D., *de adq. rer. dom.*, 41, 1. Bien que les termes des deux textes ne soient pas exactement les mêmes, ils disent à peu près la même chose, et nous supposons que ni l'un ni l'autre n'est le texte fidèle de Gaius.

CHAPITRE V

DES MODALITÉS DE LA TRANSACTION

163. — Toutes modalités qui peuvent affecter une obligation quelconque, comme le terme, la condition, le *modus*, l'*accessio*, la solidarité, peuvent aussi affecter les obligations résultant d'une transaction (L. 44, D., *de obl. et act.*, 44, 7).

Nous ferons observer cependant que, quand la transaction se fait par une acceptilation, il faut que cette acceptilation ne soit pas affectée d'une modalité expresse, l'acceptilation étant un de ces actes légitimes, qui, pour la forme, doivent toujours être purs et simples (L. 77, D., *de reg. jur.*, 50, 17). Cela ne veut pas dire que la transaction, au fond, doive toujours être pure et simple, quand elle se fait par acceptilation : la modalité peut être sous-entendue.

164. — Nous allons maintenant nous occuper particulièrement de la clause pénale, cette obligation conditionnelle, surbordonnée à l'inexécution de la transaction [1]. Nous avons deux textes qui parlent de transactions avec clause pénale. L'un (L. 40, § 1, D., *de pact.*, 2, 14) suppose une transaction portant sur une affaire dont il y a

[1] Cette modalité reçoit cependant la dénomination spéciale d'*accessio* (L. 44, §§ 4, 5 et 6, D., *de obl. et act.*, 44, 7).

appel : l'appelant s'engage à payer une certaine somme dans un certain délai, moyennant quoi son adversaire abandonnera le jugement rendu en sa faveur ; mais il est convenu que, si l'appelant ne payait pas la somme promise dans le délai convenu, il serait forcé d'exécuter le jugement de première instance : voilà bien une transaction avec clause pénale, car, si l'une des parties n'exécute pas la transaction, un jugement frappé d'appel deviendra définitif contre elle. L'autre texte (L. 9, C., *de trans.*) parle d'une transaction du même genre ; le demandeur à une action en revendication promet de payer dix *aurei* dans un certain délai à son adversaire, qui s'engage à son tour de lui restituer alors la possession de la chose ; mais celui-ci stipule que, si le demandeur ne payait pas dans le délai convenu, il ne pourrait plus réclamer la chose : voilà encore une transaction avec clause pénale, puisque notre demandeur est obligé d'exécuter la transaction, sous peine de perdre son action[1]. Le premier de ces deux textes suppose une clause pénale contenue dans un pacte, tandis que l'autre prévoit celle qu'on a revêtue de la forme de la stipulation et qu'on appelle spécialement *stipulatio pœnæ*. Nous nous renfermerons désormais dans cette dernière hypothèse, qui était beaucoup plus pratique que la première.

La clause pénale peut garantir l'une des deux obliga

[1] On voit quelquefois des transactions conditionnelles dans les deux hypothèses que nous venons d'étudier (Accarias, *Thèse*, p. 54). Nous croyons que c'est là une confusion. Une transaction conditionnelle est celle dont l'existence dépend d'un événement futur et incertain. Dans nos deux hypothèses, la transaction n'est pas anéantie par la défaillance de la condition, les parties ne reprennent pas leurs droits primitifs, si l'une d'elle, ne paye pas la somme qu'elle a promise. Donc nous n'avons pas ici de transactions conditionnelles, mais des transactions avec clause pénale.

tions qui résultent généralement d'une transaction, à savoir : cellepour le demandeur d'abandonner sa prétention et celle pour le défendeur de faire une prestation en échange. Dans ce dernier cas, il suffit d'appliquer les principes généraux (notamment LL. 77, et 115, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1 ; — L. 12, C., *de contr. et comm. stipul.*, 8, 38), à une exception près, qui résulte de la loi 41, C., *de trans.*, et que nous étudierons tout à l'heure[1].

Il en est de même, à notre sentiment, de la clause pénale garantissant l'abandon de l'action sur laquelle la transaction est intervenue. Cependant ici, comme la question a fait quelquefois des difficultés, et qu'il y a aussi des cas qui demandent quelques explications, nous exposerons brièvement les règles qu'il faudra appliquer dans cette hypothèse.

165. — Il faut remarquer tout d'abord que la clause pénale ne se comprend dans cette dernière hypothèse qu'autant que l'action du demandeur subsiste *ipso jure*.

En effet, si le demandeur a perdu son ancienne action *ipso jure*, le défendeur n'a pas à craindre d'être poursuivi par cette action. Les textes qu'on invoque quelquefois pour soutenir que la clause pénale peut utilement être ajoutée à l'acceptilation faite *transigendi causa*, pour mieux garantir l'abandon de l'ancienne action[2], se rapportent à la clause pénale stipulée du défendeur par le demandeur, qui a fait acceptilation de sa prétention (L. 15, D., *de trans.* ; — L. 40, C., *de trans.* ; — Paul, *Sent.*, 1, 1, § 3).

[1] Nous avons vu que même cette dérogation n'est pas tout à fait spéciale à la transaction (nº 1, 2e note).

[2] Favre, sur la loi 15, D., *de trans.* ; Accarias, *Thèse*, pp. 58 et 59 ; Dumas, *Thèse*, pp. 28 et 29 ; Jaubert, *Thèse*, p. 77.

Voici d'abord ce que nous dit le § 3, 1, 1, des Sentences de Paul, rapporté avec une légère altération dans la loi 15, D., *h. t.* : « Le pacte est habituellement suivi de stipulation Aquilienne : mais il est plus prudent d'y ajouter aussi une peine, parce que, *le pacte ayant été enfreint d'une manière quelconque*, la peine peut être réclamée *ex stipulatu* [1]. » Pour nous, voici ce que Paul veut dire par là : Quand on transige, on recourt généralement à la stipulation Aquilienne ; mais il est prudent pour le demandeur de stipuler une peine, car, si le défendeur n'exécute pas la transaction, il pourra intenter contre lui l'action *ex stipulatu* pour réclamer la peine. En effet, le demandeur a perdu *ipso jure* son ancienne action par la stipulation Aquilienne, il ne peut donc plus l'intenter, pour obtenir soit l'exécution de la transaction, soit la satisfaction à laquelle il prétendait avoir droit avant la transaction. D'un autre côté, Paul n'accordait pas l'action *præscriptis verbis* dans notre hypothèse (V. n° 61). Sans doute, il accordait l'action *de dolo,* mais il est évident qu'il est beaucoup plus prudent de stipuler la peine et d'acquérir ainsi l'action *ex stipulatu.*

Les auteurs que nous avons cités traduisent autrement ce texte : pour eux, *rescisso* QUOQUO MODO [2] *pacto pœna ex stipulatu repeti potest,* voudrait dire : le *défendeur* peut réclamer la peine, *si le demandeur intente contre lui son ancienne action, déjà éteinte* IPSO JURE *et que lui-même désire résoudre la transaction.* Ainsi, d'après ces auteurs, l'acceptilation faite après la stipu-

[1] Paul, *Sent.*, 1, 1, § 3 : *Pacto convento Aquiliana stipulatio subjici solet : sed consultius est hinc pœnam quoque subjungere, quia* RESCISSO QUOQUO MODO PACTO *pœna ex stipulatu repeti potest.*

[2] *Forte,* dans la loi 15, D., *de trans.*

lation Aquilienne serait résolue par l'arrivée de la condition tacite que, si les deux parties viennent à se repentir, l'opération sera résolue. Mais a-t-on jamais entendu parler d'une condition résolutoire, même tacite, qui affecterait l'acceptilation, acte essentiellement irrévocable? Les auteurs que nous combattons invoquent la loi 43, pr., D., *de jure dot.*, 23, 3. Mais ce texte ne parle que d'une condition suspensive tacite, qui peut très-bien affecter l'acceptilation.

166. — L'autre texte (L. 40, C., *de trans.*) suppose aussi une transaction conclue par stipulation Aquilienne, avec clause pénale. Les auteurs de cette constitution nous disent que le demandeur qui a éteint son action primitive par la stipulation Aquilienne peut ou bien demander l'exécution de la transaction, probablement au moyen de l'action *præscriptis verbis,* ou bien se contenter du payement de la peine stipulée, si son adversaire aime mieux le faire, en restituant en outre ce qu'il a reçu du demandeur *transigendi causa*, avant l'examen de la cause[1]. Ainsi, pour nous, c'est le demandeur qui a stipulé la peine, et l'action qu'il intente est toujours, dans l'hypothèse, l'action nouvelle née de la transaction, probablement l'action *præscriptis verbis*, et non jamais l'ancienne action, qui est éteinte définitivement.

Les auteurs dont nous avons parlé au numéro précédent, prétendent ici aussi que c'est le défendeur qui a sti-

[1] Voici le texte de la loi 40, C., *de trans.* : *Ubi pactum vel transactio scripta est, atque Aquilianæ stipulationis, et acceptilationis vinculis firmitas juris innexa est : aut subsecutis secundum leges accommodandus est consensus, aut* POENA UNA CUM HIS, QUÆ DATA PROBANTUR, ANTE COGNITIONEM CAUSÆ (SI ADVERSARIUS HOC MALUERIT) INFERENDA EST.

pulé la peine, et l'action dont il est question à la fin du texte est, non pas l'action *præscriptis verbis*, mais bien l'action primitive, qui se trouve ressuscitée par la résolution de l'acceptilation précédée de la stipulation Aquilienne. Par la même raison que dans le cas précédent, nous ne saurions admettre cette manière d'interpréter notre texte.

167. — Supposons donc la clause pénale garantissant un pacte *de non petendo*. La peine sera encourue, si le demandeur, après avoir reçu la prestation promise par le défendeur ou après l'avoir stipulée, exerce son action à laquelle il s'est engagé à renoncer. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la *litis contestatio* ait lieu : jusque-là, le demandeur n'agit pas, comme le dit très bien Paul, mais se propose d'agir : *Non petit, sed petere vult* (L. 15, D., *rat. rem. hab.*, 46, 8).

Le défendeur poursuivi contrairement à la transaction a le choix entre deux moyens : opposer l'exception de transaction ou intenter l'action *ex stipulatu*. Mais, en principe, il ne peut pas les cumuler; si, donc, il oppose l'exception de transaction, il devra faire acceptilation de la peine (L. 10, § 1, D., *de pact.*, 2, 14 ; — L. 12, § 2, D., *de pact. dotal.*, 23, 4). S'il opte pour la poursuite de la peine, il ne peut plus invoquer la transaction, qui se trouve ainsi tacitement résolue. Et cette option se fera avant la *litis contestatio*, dans les actions de droit strict, par l'insertion ou la non-insertion de l'exception. En tous cas, il faut remarquer que le défendeur doit commencer par exécuter ou par promettre, dans le sens technique du mot, la prestation qu'il s'est engagé de faire à l'autre partie, soit pour opposer l'exception de transac-

tion, soit pour intenter l'action *ex stipulatu ;* sans quoi il sera repoussé par la réplique ou l'exception de dol.

168. — Ce principe de non-cumul du maintien de la transaction et de la peine stipulée n'est qu'un principe interprétatif de la volonté des parties : celles-ci peuvent donc y déroger par une clause spéciale : *rato manente pacto* ou *manente transactionis placito*, disent les textes. Cette observation, qui est vraie pour toute clause pénale (L. 115, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1), se trouve appliquée à la transaction dans deux textes (L. 16, D., *de trans.* ; — L. 17, C., *de trans.*). On a quelquefois voulu conclure de ces textes qu'en matière de transaction, le cumul était la règle. Mais ces textes nous semblent clairement supposer que *rato manente pacto* ou *manente transactionis placito* faisaient partie de la stipulation.

169. — On invoque alors un autre texte, qui paraîtrait plus favorable au système du cumul que ces derniers textes (L. 122, § 6, D., *de verb. obl.*, 45, 1). « Deux frères, dit le texte, ont divisé une hérédité entre eux et se sont promis de *ne rien faire contre cette division*; *une peine a été en outre promise l'un à l'autre, pour le cas où l'un d'eux aurait agi contre le partage*. Après la mort de l'un d'eux, celui qui a survécu réclame aux héritiers de l'autre, l'hérédité comme étant due en vertu d'un fidéicommis à lui laissé par son père : et il a été jugé contre lui par le motif que la transaction avait porté aussi sur le fidéicommis. On a demandé si la peine sera encourue? Scévola a répondu que la peine sera encourue, *d'après ce qu'on déclarait.* »

170. — Les uns ont essayé d'expliquer ce texte, réel-

lement embarrassant, en disant simplement que le jurisconsulte se serait contenté de déduire la conséquence logique du principe, abstraction faite de l'exception de dol, qu'on pouvait opposer à l'action *ex stipulatu*, qui existait *jure civili*. Si c'était là le véritable sens du texte, on ne comprendrait pas comment Scévola aurait jugé à propos de poser gravement une question aussi simple, car personne ne devait douter que l'action *ex stipulatu* ne subsistât *ipso jure*, tant qu'elle ne serait pas valablement éteinte, soit par la *litis contestatio*, soit par l'acceptilation; et on ne s'expliquerait guère surtout ces derniers mots du texte : *secundum ea, quæ proponuntur*, qui semblent faire allusion à une circonstance particulière de l'espèce.

D'autres ont proposé de se tirer d'affaire par cette supposition gratuite que la peine eût été stipulée *rato manente pacto*. Ce moyen, extrêmement commode pour faire dire à un texte ce qu'il ne dit pas, ne saurait être employé qu'en cas d'absolue nécessité, et je prétends démontrer que ce texte peut être expliqué sans l'aide d'aucune supposition ni d'aucune adjonction.

171. — Tout d'abord, il faut remarquer que l'opération à l'occasion de laquelle est intervenue notre *stipulatio pœnæ* est le partage d'une succession, opération complexe qui embrasse un nombre plus ou moins considérable de droits et d'obligations. D'après les termes de la stipulation, rapportés par le jurisconsulte, dès que l'un des copartageants aurait fait un seul acte, même peu important, la peine serait immédiatement due (*Nihil se contra eam divisionem facturos; et, si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit*). Mais, si, pour réclamer cette

peine, on était obligé, comme le voudrait l'application du principe de non-cumul, de renoncer à tous les avantages du partage, on hésiterait souvent à la réclamer : la *stipulatio pœnæ* ne serait qu'un leurre. Voilà pourquoi, à mon avis, Scévola présume dans notre espèce que les parties ont voulu stipuler la peine comme indemnité du trouble qu'elles pouvaient causer par un acte contraire à leur convention, et non comme un moyen de dédit. Mais il n'en résulte nullement qu'en matière de transaction au moins, le cumul de la peine et de l'exécution de la convention soit la règle. C'est plutôt une question de fait que le jurisconsulte a voulu trancher. En tous cas, on peut induire soit des termes de la convention, soit d'autres circonstances de fait, la volonté probable des parties contractantes de permettre le cumul, principe vrai, aussi bien en matière de transaction qu'en toute autre matière [1].

172. — Ainsi, jusque-là, tout est la simple application des principes généraux. Mais voici une véritable dérogation au droit commun. Elle résulte de la loi 41, C., *de trans*. Cette constitution des empereurs Arcadius et Honorius vise une transaction confirmée par un serment et édicte des peines tout à fait excessives contre la partie qui contreviendrait à cette transaction. Ces peines sont : 1° l'infamie ; 2° la perte des avantages résultant de la transaction ; 3° le payement de la peine promise, quand il y en a une ; enfin 4° l'exécution de la transaction de la part du contrevenant. Ainsi, si c'est le défendeur qui contrevient, outre l'infamie et le payement de la peine, qui sont inévi-

[1] Par les motifs que je viens d'indiquer, il est possible qu'en matière de partage, et non en matière de transaction, le cumul fût admis comme règle.

tables, le demandeur peut reprendre contre ui son action, qui devait être éteinte par la transaction, et lui réclamer en même temps la prestation par lui promise. Est-ce le demandeur qui intente son action, contrairement au serment prêté : sans parler de l'infamie et de la peine, il perdra son action et, en même temps, il sera obligé de restituer ce qu'il aura reçu en vertu de la transaction ou de s'abstenir de réclamer ce qu'on lui a *promis* pour la même cause[1].

Mais à quel moment sera-t-on considéré comme ayant contrevenu à la transaction? Si le contrevenant est le demandeur, à la différence de la règle générale en matière de clause pénale, il suffit qu'il adresse un *libellus* au magistrat ou une supplique au prince, tous deux actes introductifs d'instance : ainsi toutes les peines que nous avons vues seront encourues avant la *litis contestatio*. Si c'est le défendeur, il sera considéré comme ayant manqué à la foi du serment, quand il sera en demeure, c'est-à-dire qu'en principe, le demandeur devra lui adresser une *interpellatio*. Mais, quand il y a clause pénale, le défendeur encourra toutes les peines édictées par la loi 41, à l'expiration du délai convenu, s'il y en a un, et dans le cas contraire, aussitôt que l'exécution serait possible en fait. Le juge aura un pouvoir discrétionnaire pour trancher cette question de fait[2].

[1] Lorsque le défendeur s'est engagé seulement par un pacte et qu'il ne l'exécute pas encore, force sera pour le demandeur d'intenter son ancienne action, si elle n'est pas éteinte *ipso jure*, afin d'obtenir l'exécution de la transaction, et le défendeur ne pourra pas invoquer cette constitution.

[2] Je renvoie pour les détails à Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, pp. 303 et 760. V. cependant Bufnoir, *Théorie de la Condition en Droit romain*, pp. 69 et suiv.

J'ajoute que ces peines excessives ne s'appliquent qu'aux majeurs de vingt-cinq ans.

Ainsi cette loi 41 contient des dérogations aux principes généraux, pour les transactions confirmées par un serment : elle permet le cumul de la peine, de l'exécution de la transaction, en tant qu'elle est avantageuse à la partie non coupable, et de sa résolution, en tant qu'elle lui est désavantageuse, sans parler de l'infamie et du moment où les peines sont encourues, plus rigoureux qu'en règle générale.

CHAPITRE VI

DES EFFETS DE LA TRANSACTION

173. — La transaction a pour effet d'éteindre un droit incertain et d'y substituer un droit certain. Nous avons vu au chapitre II que cette extinction du droit litigieux ou conditionnel s'opère *ipso jure* ou *exceptionis ope*, selon les formes dont on revêt la transaction ; nous y avons vu aussi que le nouveau droit est ou non garanti par une action, suivant que la transaction se présente sous la forme d'un contrat ou reste à l'état d'un pacte nu. Quoi qu'il en soit de la force plus ou moins énergique de ses effets, la transaction, comme la novation [1], aboutit toujours à l'extinction d'un droit et à la naissance d'un autre droit, qui remplace le premier, et il est en principe impossible de revenir sur les remises consenties (LL. 6 et 21, C., *de solut.*, 8, 43), ou de refuser d'exécuter les promesses faites (L. 23, *in fine*, C., *de trans.*; — L. 2, C., *de cond. ind.*, 4, 5) ou enfin de répéter ce qu'on a payé (L. 23,

[1] M. Molitor (*Op. cit.*, II, pp. 497 et 500) nous semble trop absolu, quand il affirme que la transaction faite par stipulation ou par contrat innommé est une véritable novation, ce qui n'est vrai, pour nous, que dans le cas où elle se fait par stipulation, et non par contrat innommé, où l'extinction de l'ancien droit et la naissance du nouveau droit résultent d'une stipulation unique, où le droit à éteindre est un droit de créance, et où, enfin, à l'époque classique au moins, il n'y a pas changement d'objet, conditions dont le concours sera extrêmement rare dans une transaction (V. pour les textes M. Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, pp. 148 et 149). Il est vrai que M. Molitor n'exige pas toutes ces conditions pour qu'il y ait novation, sauf que le droit à éteindre soit une créance (*Op. cit.*, *II*, pp. 461 et suiv.).

C., *de trans.* ; — L. 6, C., *de juris et facti ignor.*, 1,18; — L. 11, C., *de cond. ind.*, 4, 5) [1]. Nous avons vu même, au chapitre précédent, que, quand la transaction est accompagnée d'un serment, son inobservation est punie fort sévèrement.

De plus, quand la transaction a lieu avant la *litis contestatio*, soit après la *vocatio in jus*, soit avant, le magistrat peut refuser la formule (L. 22, § 1, D., *de in jus voc.*, 2, 4). Toutefois, lorsque la transaction a eu lieu avant la *vocatio in jus* et qu'elle n'a engendré qu'une exception, le magistrat se contente généralement d'insérer cette exception dans la formule qu'il délivre au demandeur.

174. — Une des conséquences les plus importantes de cette idée que la transaction éteint l'ancien droit et le remplace par un droit nouveau, c'est qu'elle peut servir de juste titre à l'usucapion et à l'action Publicienne (L. 29, D., *de usurp. et usucap.*, 41, 3 ; — L. 8, C., *de usuc. pro empt. vel trans.*, 7, 26). Pour le bien qu'on donne en échange de l'abandon total ou partiel du droit litigieux, il n'y a pas de doute possible : l'*accipiens* peut invoquer la transaction comme un juste titre d'usucapion, lorsque, ce bien n'ayant pas appartenu au *tradens*, le véritable propriétaire se présente pour le revendiquer ; ou s'appuyer sur cette transaction pour intenter la Publicienne, quand il viendra à perdre la possession de ce bien. Il en est de même du bien qui faisait l'objet de la transaction, mais sur lequel portait un droit conditionnel, et que les parties ont voulu, dans une transaction, rem-

[1] *Cf.* L. 12, D., *de trans.;* L, 65, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6 ; L. 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1 ; LL. 2, 19 et 29, *C.*, *de trans.*

placer par un droit certain, hypothèse qu'on néglige trop souvent. Par exemple, j'ai une créance conditionnelle de 100 000 sesterces. Je transige avec mon débiteur, et je me contente d'un immeuble qui vaut 50 000 sesterces et dont mon débiteur me fait tradition immédiatement. Plus tard, je découvre que l'immeuble n'appartenait pas à mon débiteur, mais, si je l'ai possédé deux ans dans l'ancien droit, et dix à vingt ans dans le droit de Justinien, je l'usucaperai *pro transactione*, et si je viens à en perdre la possession avant de l'usucaper, j'intenterai la Publicienne au même titre.

175. — Le point qui peut faire des doutes est donc celui qui se rapporte au bien litigieux, dont l'une des parties a abandonné la possession à l'autre par suite d'une transaction. En effet, pourrait-on dire, celui qui acquiert ou garde la possession d'un bien litigieux par suite d'une transaction n'a pas l'intention d'acquérir la propriété de ce bien ; mais il croit que son droit était toujours légitime, et, par conséquent, l'effet de la transaction est déclaratif, et jamais attributif. Ce raisonnement est faux, et voici pourquoi. Quand un droit est litigieux et fait l'objet d'une contestation, personne ne peut jamais dire d'une manière certaine que ce droit est bien fondé, et qu'il sera consacré par le juge, s'il est porté devant lui, ou si l'on attend la fin du procès (V. n^os^ 3 et 4). Donc la partie transigeante qui acquiert ou conserve la possession du bien litigieux doit raisonnablement penser que, si elle est réellement propriétaire de la chose, elle évitera par la transaction l'ennui et le hasard du procès, et que, si elle n'en est pas propriétaire, elle acquerra, par là, le droit de son adversaire. Dès lors, on

ne peut pas dire que l'effet de la transaction est simplement déclaratif.

176. — Ce raisonnement, qui suffirait à lui seul pour admettre notre manière de voir, est d'ailleurs corroboré par les textes que nous avons cités. L'un d'eux (L. 8, C., *de usuc. pro empt. vel trans.*, 7, 26), il est vrai, est tout à fait général, et l'on pourrait à la rigueur soutenir qu'il ne vise que le bien cédé en échange de l'abandon du bien litigieux ou que celui qui faisait l'objet d'un droit conditionnel. Mais on n'en pourrait pas dire autant pour l'autre texte (L. 29, D., *de usurp. et usuc.*, 41, 3), qui est on ne peut plus clair. J'étais seul héritier; mais, vous croyant mon cohéritier, je vous ai livré une partie des biens héréditaires [1]. Pomponius dit que vous ne pourrez usucaper ces biens, car on n'usucape pas *pro herede* des biens qui étaient possédés par l'héritier, et vous n'avez aucun autre titre de possession ; *à moins que*, ajoute le

[1] Il ne faudrait pas suppposer un partage, car, s'il y avait partage, le soi-disant héritier pourrait usucaper, sinon *pro herede*, du moins *pro suo*. En effet, le même Pomponius admet l'usucapion *pro suo* dans un cas de partage d'ascendant (L. 4, § 1, D., *pro suo*, 41, 10). D'un autre côté, nous avons un texte d'Ulpien (L. 7, § 5, D., *de Publ.*, 6, 2) qui accorde la Publicienne à titre d'échange; or on sait que la Publicienne contient une fiction d'usucapion : il faut donc supposer une usucapion à ce titre. Mais, comme il ne semble pas que les Romains fissent de l'échange un titre spécial, et que, d'autre part, il semble qu'ils assimilaient le partage d'ascendant à l'échange (L. 20, § 3, D., *famil. ercis.*, 10, 2) [a].

[a] Un auteur considérable enseigne que le partage d'ascendant était dépourvu de toute valeur légale à l'époque classique (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., I, p. 557, note 1, *in fine*), en se fondant sur le § 294 des Fragments du Vatican. Mais il ne me semble pas que ce texte se rapporte au partage d'ascendant : il s'agit là seulement d'une donation ordinaire, faite par un père de famille à son enfant *in potestate*. Il est bon d'ailleurs de remarquer que, dans la loi 20, *famil. ercisc.*, qui assimile notre partage à l'échange, Ulpien rapporte précisément l'opinion de Papinien, l'auteur du § 294 des Fragments du Vatican.

jurisconsulte, *nous n'ayons voulu transiger*. Il faut en conclure que, si, en partageant les biens héréditaires, nous avions voulu transiger, vous pourriez usucaper *pro transactione* [1].

le coéchangiste aussi usucapait probablement *pro suo* [b]. D'où l'on peut conclure que le partage à l'amiable, qui ressemblait tant au partage d'ascendant et qu'on assimilait aussi, et même *à fortiori*, à l'échange (L. 77, § 18, D., *de leg.* 2°, 31), devait servir de base à l'usucapion *pro suo*. Donc, s'il y avait eu partage dans l'hypothèse de la loi 29, *de usurp. et usucap.*, Pomponius n'aurait pas dit : *Propius est, ut usu eas capere non possis; quia nec pro herede usucapi potest...* NEQUE ALIAM ULLAM HABES CAUSAM POSSIDENDI.

[1] On a quelquefois critiqué cette décision de Pompinius, en disant que, si l'usucapion *pro herede* exige que les biens ne soient encore possédés par aucun héritier, c'est uniquement pour qu'il n'y ait pas de vol; que, si notre prétendu cohéritier est de bonne foi, il ne peut être question de vol; et qu'il n'y a pas de raison pour lui défendre d'usucaper. Cette critique ne me paraît pas fondée. En effet, pourquoi permet-on l'usucapion *pro herede* des biens héréditaires non possédés par aucun héritier? C'est parce qu'alors, le vol n'est jamais possible, l'hérédité n'appartenant encore à personne. Mais, quand il y a déjà un héritier qui possède l'hérédité, le vol devient possible, et alors, on exige un titre qui justifie la bonne foi du possesseur. Ici ce titre manque. Peut-être dirait-on que notre soi-disant cohéritier pourra usucaper *pro suo*; mais on n'usucape pas *pro suo*, quand la loi établit une autre usucapion, dont on ne peut pas profiter, parce qu'on n'en remplit pas toutes les conditions; sans quoi tous ceux qui ne rempliraient pas les conditions d'une autre usucapion viendraient réclamer l'usucapion *pro suo* et il serait alors beaucoup plus simple de dire qu'il n'y a que l'usucapion *pro suo*.

[b] On a soutenu que le coéchangiste, ainsi que le copartageant, usucapait *pro emptore*, et ce serait la loi 7, § 5, *de publ.*, qui nous l'apprendrait. Il m'est difficile de souscrire à cet avis. Le texte sur lequel on s'appuie se borne à dire : *Sed et si permutatio facta sit, eadem actio competit*. Sans doute, il a été question, dans les paragraphes précédents, de la Publicienne *pro emptore*, mais, dans le paragraphe suivant, on posera une règle générale à toute Publicienne, et dans le § 7, il sera question de la Publicienne *pro jurejurando* : il ne sera de nouveau question du titre *pro emptore* qu'au § 10 Par conséquent, la place du § 5 ne nous permettrait pas de supposer que le coéchangiste usucaperait ou aurait la Publicienne *pro emptore*. J'ajoute toutefois qu'avant la formation de la théorie des contrats innommés, les Sabiniens, qui assimilaient l'échange à la vente, voyaient probablement dans l'échange un titre *pro emptore*. Il est bon de noter cependant que Pomponius, l'auteur de notre texte, quoique Sabinien, ne semble pas avoir admis cette assimilation (Cf. n° 62).

177. — On pourrait cependant être tenté de soutenir encore que la transaction n'a qu'un effet déclaratif, en s'appuyant sur la loi 33, C., *h. t.*, qui tranche la question de garantie. Voici ce qu'elle dit en substance : Si l'une des parties transigeantes est évincée de l'objet donné en échange de l'abandon du droit litigieux, elle peut recourir en garantie contre son adversaire ; si c'est la chose litigieuse elle-même dont elle est évincée, elle n'a aucun recours en garantie. Rien de plus juste : dans le premier cas, la partie évincée n'avait pas du tout l'intention d'acquérir un droit litigieux, mais bien un droit certain (nous le supposons au moins, car autrement le recours en garantie ne serait pas possible même dans ce cas) ; si donc elle vient à être évincée, il est juste et équitable qu'elle en soit indemnisée [1]. Tout autre est sa situation dans le second cas : elle n'a pas voulu du tout acquérir un droit certain de son adversaire ; elle croyait, au contraire, que c'est elle qui avait ce droit ; seulement, comme elle n'en était pas bien sûre, elle a jugé prudent d'acheter la prétention de son adversaire, qui non plus ne pouvait pas affirmer que ce droit lui appartenait. Comment veut-on alors qu'elle puisse recourir en garantie contre la partie adverse, si, plus tard, elle vient à être évincée de ce droit si incertain ? Ne pourrait-on pas dire qu'il y a là une clause tacite de non-garantie ? Mais

[1] Cette garantie est sanctionnée différemment suivant qu'il y a eu stipulation ou non. Dans le premier cas, l'évincé a une action *ex stipulatu*, sans distinguer si la stipulation portait sur la garantie ou si c'est l'objet lui-même qui a été stipulé. Dans le second cas, il faut se demander si l'action primitive est éteinte *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Est-elle éteinte *ipso jure* : l'évincé a l'action *præscriptis verbis*. L'est-elle seulement *exceptionis ope* : elle peut être reprise et l'exception de transaction opposée par le défendeur sera brisée par la réplique de dol.

il ne faudrait pas en conclure que la transaction est déclarative, et surtout qu'elle ne sert pas de juste titre à l'usucapion et à la Publicienne, car, si la garantie n'est pas due dans cette hypothèse, ce n'est pas parce que la transaction est déclarative, mais c'est parce que la transaction porte sur un droit litigieux et incertain[1].

178. — Voilà les effets généraux de la transaction : ils sont analogues à ceux du jugement. En effet, la transaction opère une sorte de novation, bien que nous ayons vu qu'elle constituait rarement une novation proprement dite en droit romain (n° 173, 1re note), et l'on ne peut revenir à l'ancienne action, si ce n'est qu'après avoir obtenu la rescision de la transaction pour une des causes que j'étudierai au dernier chapitre et qui sont aussi des causes de nullité ou de rescision du jugement ; le jugement aussi opère une espèce de novation, et le demandeur ne peut plus recommencer son ancienne action, qui

[1] Nous lisons quelque part (Dumas, *Thèse*, p. 56) qu'on ne pourrait pas, par une clause expresse, stipuler la garantie de l'objet litigieux, car, dit-on, ce serait contraire à l'essence même de la transaction, qui ne peut avoir pour objet qu'une *res dubia*, qu'un droit douteux, qui ne saurait être garanti. Il y a là, à mon avis, une confusion. Sans doute, le caractère douteux du droit est l'essence même de la transaction. Mais cela veut dire qu'il faut qu'il y ait doute sur les droits respectifs des parties transigeantes, nullement sur les droits des tiers. Ainsi il se peut fort bien que l'une des deux parties, qui se prétendent chacune propriétaire de la chose litigieuse, croie fermement que, si ce n'est pas l'autre partie qui est propriétaire, c'est certainement elle, et jamais une autre. Bien mieux, il arrive souvent que l'une des parties, ou même toutes les deux croient au bien-fondé de leurs prétentions respectives, mais qu'elles aiment mieux transiger, parce qu'elles ne sont pas sûres de l'issue du procès. Dans ces cas, si la partie à laquelle la transaction attribue la chose est un homme prudent, elle peut vouloir stipuler la garantie, et l'autre partie consentira peut-être à la promettre, et cette promesse, pour être rare en pratique, n'en sera pas moins valable.

s'est éteinte bien avant le jugement, au moment de la *litis contestatio*, mais il a maintenant l'action *judicati*, si du moins c'est lui qui a gagné le procès.

La transaction peut être un juste titre pour usucaper et pour intenter la Publicienne, le jugement aussi peut constituer un juste titre d'usucapion et servir de base à la Publicienne (L. 3, § 1, *in fine*, D., *de Publ. in rem act.*, 6, 2)[1].

[1] Ce dernier point est fort controversé, et ce n'est pas la place ici de le discuter en détail; je me contente de présenter et de défendre sommairement le système qui me semble seul vrai. Selon moi, on peut usucaper *pro judicato* tout objet qu'on a reçu en vertu d'un jugement, soit d'un *jussus*, soit d'une condamnation, et intenter la Publicienne au même titre, si l'on vient à perdre la possession de cet objet.

Cette formule, on le voit, est des plus compréhensives ; elle est loin d'être admise par tout le monde. Je vais la justifier brièvement, en énumérant les principaux cas qui peuvent se présenter et dont chacun n'a pas laissé de soulever des objections.

1° Dans une action réelle, le défendeur, qui a usucapé *pendente judicio* une *res mancipi* et à qui le juge a ordonné par son *jussus* d'en retransférer la propriété, se contente d'en faire la tradition : le demandeur usucapera cette chose *pro judicato*, et s'il vient à en perdre la possession, il aura la Publicienne au même titre. On objecte que, dans ce cas, le juge aura ordonné de faire la mancipation. Mais, si, pour une raison ou pour une autre, le défendeur néglige de faire cette mancipation, le demandeur aura besoin d'usucaper, et s'il perd la possession avant d'accomplir l'usucapion, il ne pourra intenter que la Publicienne.

2° Toujours dans une action réelle, le défendeur restitue, conformément au *jussus* du juge, une chose dont ni lui ni son adversaire n'était propriétaire : celui-ci, s'il est de bonne foi, usucapera *pro judicato* et aura la Publicienne au même titre. Ceci a soulevé une objection qui semble au premier abord assez sérieuse : on dit que le jugement étant purement déclaratif, ne peut jamais constituer une *justa causa usucapiendi* de la chose même qui faisait l'objet du litige (Pellat, *Principes de la Propriété*, 2e édit., pp. 479 et 480). Ma réponse est bien simple : pour moi, la *justa causa usucapiendi* n'est autre chose que l'ensemble des circonstances qui justifient la bonne foi du possesseur ; or, quand le juge a cru que c'était le demandeur qui était propriétaire, celui-ci est bien en droit de se croire propriétaire, et ainsi, le jugement qui le déclare propriétaire justifie pleinement sa bonne foi, qu'il allègue (En ce sens : M. Appleton, *Histoire de la Propriété prétorienne*, I, n° 188).

Enfin la transaction ne donne pas lieu à garantie de la chose litigieuse ; il en est de même du jugement.

3° Dans une action personnelle arbitraire, le défendeur donne une chose au demandeur sur le *jussus* du juge : si cette chose n'appartenait pas au défendeur, le demandeur de bonne foi l'usucapera *pro judicato* et aura la Publicienne également *pro judicato*. Ici je rencontre deux objections : 1° On dit que, dans ce cas, c'est au titre *pro soluto* que le demandeur usucapera. Je ne le crois pas : à mon sentiment, on n'usucape *pro soluto* que quand on n'a pas d'autre titre à invoquer ; sans quoi, tous les titres qui procèdent d'une convention, comme les titres *pro emptore, pro donato, pro dote, pro transactione*, deviendraient inutiles, attendu que dans ces différents cas, la tradition n'est que le payement d'une obligation et que le titre *pro soluto*, qui ne demande que la preuve du fait de payement, étant une fois admis, il n'y aurait plus de gens assez naïfs pour invoquer un autre titre, qui demanderait souvent une preuve autrement difficile et qui exigerait quelquefois des conditions qu'ils ne rempliraient pas. On s'expliquerait ainsi facilement un texte de Paul, qui nous dit formellement que l'acheteur ne peut pas usucaper *pro soluto* (L. 48, D., *de usurp. et usuc.*, 41, 3) (V. cependant une autre explication dans M. Appleton, *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, mai-juin 1886; *De la Publicienne*, pp. 319 et suiv. ; *Histoire de la Propriété prétorienne*, I, n° 111). Il faut remarquer d'ailleurs qu'en cas de transaction, tout le monde semble d'accord pour admettre l'usucapion *pro transactione*, même pour la chose non litigieuse (Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, I, p. 100, f. ; *Histoire de la Propriété prétorienne*, I, n° 194 ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3ᵉ édit., I, p. 557, note 1, 4°). Cette sévérité se comprend. Le juste titre est destiné à justifier la bonne foi ; or la bonne foi se justifie mieux quand on établit qu'on a acquis en vertu d'une convention, d'un legs, d'un jugement, que quand on se contente de dire qu'on a reçu à titre de payement. Sans doute, les Romains n'ont pas songé à toutes les causes d'obligations possibles et imaginables, et ils se sont crus obligés d'englober sous le titre compréhensif *pro soluto* les payements de toutes obligations résultant de conventions, de quasi-contrats, de délits, de quasi-délits, autres que les causes qui forment des titres particuliers, comme la vente, la donation, la dot, la transaction, le legs, le jugement. Mais, dans ces différents cas, où il y a des titres spéciaux, on ne peut usucaper qu'à ces titres. Donc, ici, on doit unicaper *pro judicato*, et non *pro soluto*. — 2° On m'objecte d'autre part que le demandeur, dans notre hypothèse, doit usucaper « en vertu du titre même qui servait de base à sa demande. » (Accarias, *Précis de Droit romain*, 3ᵉ éd., I, p. 558, note, *in initio*.) Il faut observer tout d'abord qu'il y a des actions personnelles arbitraires, comme les actions *de dolo*, *quod metus causa*, qui n'ont

179. — Voilà les points de ressemblance entre la transaction et le jugement. Frappés de cette ressemblance, et surtout de cette idée que, de même qu'un jugement, la transaction met fin à une contestation, qui désormais ne pourrait plus être reprise, tout comme une affaire jugée, les Romains avaient coutume de comparer ces deux actes, qui cependant diffèrent l'un de l'autre plus qu'ils ne se ressemblent (L. 2, D., *de jurej.*, 12, 2 ; — L. 230, D., *de verb. sign.*, 50, 16 ; — L. 20, C., *de trans.*). Ce dernier texte est curieux. Une femme nommée Antistia demanda aux empereurs Dioclétien et Maximien si une transaction conclue à la deuxième heure de la nuit (qui correspond à peu près à sept heures du soir) n'était pas rescindable. Les empereurs crurent devoir répondre plus longuement qu'il ne fallait : ils commencèrent par dire que « l'on a décidé avec beaucoup de raison que l'autorité des transactions ne sera pas moindre que celle des

trait à aucun titre spécial. Quant aux actions *præscriptis verbis* et *communi dividundo*, la première suppose souvent une transaction ou un échange, et la seconde implique un partage. La transaction, nous l'avons vu, constitue un titre spécial. Mais, puisque la *litis contestatio* transforme le droit déduit *in judicium*, ne devrait-on pas permettre au demandeur d'usucaper *pro judicato*, au lieu de recourir au titre *pro transactione* ? Quant à l'échange et au partage, nous avons vu qu'ils ne constituent pas des titres particuliers et qu'on usucape alors *pro suo* (nº 176, 1re note). Mais, ici, nous avons un titre spécial, le titre *pro judicato*. Donc il faut l'invoquer plutôt que le titre *pro suo*.

4º Enfin, dans toutes actions tant réelles que personnelles, le défendeur condamné paye la condamnation ou donne en payement une chose quelconque, que cette chose soit la chose primitivement due ou non : le demandeur usucapera *pro judicato* et aura la Publicienne à ce titre. Ici surtout, on abonde en objections : dans ce cas au moins, dit-on, le demandeur usucapera *pro soluto*, car la condamnation l'a rendu créancier, s'il ne l'était déjà pas avant (Accarias, *loc. cit.* ; Appleton, *Histoire de la Propriété prétorienne*, I, nº 187). Mais cette objection est réfutée d'avance au cas précédent ; je n'y reviens donc pas.

choses jugées, car rien n'est conforme à la bonne foi comme l'observation de ce dont on est convenu. » Et ce n'est qu'à la fin que les auteurs du rescrit donnèrent la véritable raison : «... puisqu'aucune heure n'exclut le consentement d'un majeur de vingt-cinq ans, sain d'esprit. » Peut-être, comme on le conjecture, cette femme insinua-t-elle que l'on n'avait pas coutume de rendre un jugement à une pareille heure, et que la transaction, qu'on comparait généralement au jugement, devait être rescindée, quand elle avait été conclue à cette heure-là. Et les empereurs de répondre qu'un majeur pouvait consentir une transaction à toute heure. Voilà toute la signification, toute la portée de ce fameux texte : il n'en faudrait jamais conclure que la transaction aurait les mêmes effets que le jugement.

180. — Voici, en effet, les principales différences de ces deux actes [1] :

Première différence. — La transaction est un acte essentiellement synallagmatique et donne toujours naissance à des obligations réciproques, qui peuvent d'ailleurs être exécutées sur-le-champ ; tandis que le jugement est un acte unilatéral, en ce sens qu'il n'oblige que la partie perdante, sauf en cas de *mutua petitio*, où toutes les deux parties peuvent être condamnées.

181. — Deuxième différence. L'exécution du juge-

[1] Je ne parlerai pas ici de cette différence fondamentale au point de vue de la nature de ces deux actes, à savoir que l'un est une convention, tandis que l'autre est un acte d'autorité, qui peut avoir lieu même *in invitum*. J'en ai parlé au commencement de cet ouvrage (n° 2).

ment est mieux garantie que celle de la transaction, et cela à deux points de vue :

1° Le jugement est toujours sanctionné par une action spéciale, plus énergique qu'une action ordinaire, car, en cas d'*infitiatio*, elle est donnée *in duplum*, et qui s'appelle action *judicati*. Il en est tout autrement de la transaction : par elle-même, elle n'engendre aucune action. Revêt-elle la forme d'un contrat : elle donne lieu à l'action de ce contrat. Reste-t-elle à l'état de pacte nu : elle n'est sanctionnée par aucune action, et le demandeur, pour obtenir l'exécution de la transaction, n'a d'autre moyen que d'intenter son action primitive, ce qui peut amener la résolution de la transaction, si la partie adverse ne veut pas opposer l'exception de transaction (V. nos 58 et suiv.) ;

2° Le créancier muni d'un jugement peut obtenir, par cela seul, l'autorisation du magistrat, tendante à l'exercice de toutes les voies d'exécution, tant sur la personne que sur les biens du débiteur. Le créancier qui invoquera seulement une transaction n'aura pas le même avantage, à moins que le défendeur n'avoue *in jure*, auquel cas il est assimilé au *judicatus*.

182. — Troisième différence. Nous avons vu (n° 33) qu'il arrive souvent que la transaction n'éteint pas *ipso jure* le droit litigieux ou conditionnel qui en fait l'objet. De même, le jugement laisse subsister *ipso jure* le droit sur lequel il est intervenu, quand le *judicium* était *imperio continens*, c'est-à-dire une instance engagée devant plusieurs juges, ou devant un juge, mais entre pérégrins, ou même entre citoyens romains, mais à plus d'un mille de Rome ; ou quand le *judicium*, tout en étant *legitimum*,

était *in rem*, ou même *in personam*, mais *in factum* (G., IV, §§ 105, 106 et 107). Dans les deux cas, le défendeur a une exception pour repousser la même action intentée de nouveau : exception de transaction, de pacte ou de dol, dans le premier cas ; exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ*, dans le second. Mais il y a cette différence entre les deux cas, que l'exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ* réussit toujours, tandis que l'exception *transactionis* ou celles qui la remplacent ne sont efficaces qu'autant que le défendeur satisfait, de son côté, à son engagement, soit en l'exécutant, soit en le promettant en due forme (V. n° 44).

183. — Quatrième Différence. Nous allons voir au chapitre suivant que la transaction, comme toute convention, n'a jamais d'effet qu'entre les parties. Il en est de même du jugement en principe. Mais il y a des cas exceptionnels, où le jugement produit son effet à l'égard des tiers, à la condition qu'il n'y ait pas fraude :

1° Le jugement rendu dans une action populaire est opposable par tous et à tous (L. 45, § 1, D., *de procur.*, 3, 3 ; — L. 30, § 3, D., *de jurej.*, 12, 2 ; — L. 3, § 13, D., *de libero homine exhib.*, 43, 29 ; — L. 3, pr., D., *de popul. act.*, 47, 23) ;

2° Celui qui est rendu en matière de filiation produit aussi un effet général (L. 1, § 16 ; L. 2 ; L. 3, D., *de agnosc. et alend. liber.*, 25, 3) [1] ;

[1] M. Maynz (*Cours de Droit romain*, 4e édit., I, pp. 584 et 585) veut étendre cette exception à toutes les questions d'état, mais les textes sur lesquels il s'appuie ne me semblent pas trancher notre question (L. 14, D., *de jure patronatus*, 37, 14 ; — LL. 1, 2, 3, 4 et 5, D., *de collus. deteg.*, 40, 16). En effet, le premier de ces textes nous dit simplement que le serment, à la différence du jugement, n'a

3° Celui qui est intervenu sur une pétition d'hérédité produit son effet pour tous ceux qui tiennent leurs droits de la succession (L. 8, § 16; L. 17, § 1, D., *de inoff. test.*, 5, 2; — L. 3, pr., D., *de pignor.*, 20, 1; — L. 50, § 1, D., *de legat.* 1°, 30; — L. 5, § 1; L. 14, D., *de appell.*, 49, 1; — L. 12, pr. et § 2, C., *de petit. hered.*, 3, 31) [1]. Cette exception souffre elle-même deux exceptions, ou deux cas où il y a retour au principe. Ce sont : 1° le cas où l'une des parties a fait défaut (L. 17, § 1, D., *de inoff.*

pas pour effet de rendre le jureur patron. Oui, le jugement a pour effet de rendre le gagnant patron, mais à l'égard de qui ? Le texte ne le dit pas, et il en faut conclure, il me semble, qu'ici comme ailleurs, le jugement n'a d'effet qu'entre les parties. Les derniers textes cités forment tout le titre *de collusione detegenda*, où l'on se propose, en permettant à tout le monde de dénoncer la fraude concertée entre un esclave et son maître, ou un affranchi et son patron, et tendante à faire juger cet esclave comme libre ou cet affranchi comme ingénu, d'éviter cet inconvénient grave au point de vue de l'intérêt général de remplir Rome de citoyens dont la moralité laissait beaucoup à désirer, et qui, par conséquent, pouvaient démoraliser la société romaine. Si donc, peut-on dire, le législateur s'est cru obligé de permettre cette dénonciation pour éviter cet inconvénient, c'est qu'apparemment, le jugement prononcé en faveur de l'esclave ou de l'affranchi est opposable à tout le monde, car, autrement, sans attendre la dénonciation d'une fraude, on pourrait toujours considérer ce jugement comme valable seulement entre le maître et l'esclave, et non à l'égard des autres ! Pour ma part, je ne le crois pas ; si le législateur s'est cru obligé de permettre cette dénonciation pour éviter l'encombrement de citoyens peu honorables, ce n'est pas parce qu'en droit, le jugement intervenu entre le maître et l'esclave produit son effet à l'égard de tous, mais c'est parce qu'en fait, si cette dénonciation avantageuse, qui rend le dénonciateur propriétaire de l'esclave, ou patron de l'affranchi en question, n'existait pas, personne ne poursuivrait cette fraude, d'autant plus que, souvent, il est fort difficile, pour qui n'en est pas le maître ou patron, de prouver qu'un individu est esclave ou affranchi. Voilà, à mon avis, toute la signification de cette disposition légale. D'ailleurs, plusieurs textes, que l'auteur que je combats cite lui-même, je ne sais trop pourquoi, sont tout à fait contraires à cette extension (LL. 9 et 42, D., *de liberali causa*, 40, 12 ; — LL. 1 et 5, D., *si ingen. esse dicet.*, 40, 14).

[1] Il faut remarquer que la *querela inofficiosi testamenti* n'est au fond qu'une pétition d'hérédité (L. 20, D., *de inoff. test.*, 5, 2).

test., 5, 2; — L. 50, § 1, D., *de legatis* 1°, 30; — L. 14, § 1, D., *de appell.*, 49, 1); 2° celui où la *querela inofficiosi testamenti* a été intentée après cinq ans, *ex magna et justa causa* (L. 8, § 17, D., *de inoff. test.*, 5, 2)[1];

4° Le jugement intervenu sur un droit indivisible a l'autorité de chose jugée à l'égard de tous les cotitulaires du droit (L. 31, § 7, D., *de negot. gest.*, 3, 5; — L. 4, § 3; L. 19, D., *Si serv. vindic. vel ad alium pertinere neg.*, 8, 5)[2].

[1] On a voulu ajouter une troisième restriction : les créanciers de la succession, qui peuvent certainement se prévaloir du jugement rendu dans une pétition d'hérédité (L. 50, § 1, *in fine*, D., *de legat.* 1°, 30), ne devraient pas subir ce jugement (Maynz, *Op. cit.*, p. 496, note 59). Mais le texte sur lequel on s'appuie ne me semble pas regarder les créanciers de la succession, mais les créanciers personnels de l'héritier (L. 3, pr., D., *de pignor.*, 20, 1). En effet, ce texte parle du *debitor vindicans hereditatem*. S'il s'agissait là d'un héritier du débiteur qui intente la pétition d'hérédité, il faudrait convenir que le texte n'excelle pas en clarté; il est beaucoup plus simple de donner aux mots leur sens ordinaire et de supposer qu'il s'agit là d'un débiteur qui a hypothéqué ou donné en gage un objet faisant partie d'une succession à laquelle il prétend avoir droit. Ici, en effet, il y a des raisons sérieuses de douter : d'une part, le créancier ne tenant son droit que de son débiteur, si celui-ci est déclaré comme n'ayant aucun droit sur la succession dont le *pignus* fait partie, il semblerait que le créancier perdît son droit de gage; mais, d'autre part, il peut être considéré comme tiers, car il a acquis son droit réel sur la chose avant la pétition d'hérédité, ou pour parler plus exactement, avant la *litis contestatio* (il faut le supposer du moins). Et c'est cette dernière solution que consacre Papinien dans notre texte. Au contraire, s'il s'agissait d'un créancier de la succession ayant un droit de gage ou d'hypothèque, le doute ne se concevrait guère, car le créancier gagiste ou hypothécaire peut exercer son action quasi-servienne contre quiconque possède la chose, sans distinguer si le possesseur est ou non l'héritier de son débiteur défunt, et le jugement rendu dans une pétition d'hérédité n'a rien à y voir.

[2] M. Maynz (*op. cit.*, II, p. 591) prétend que la chose jugée opère à l'égard des *correi* et des cautions, et cela à cause de l'indivisibilite du droit, à ce qu'il semble (I, p. 585, note 46). Mais, si la chose jugée peut être opposée par les *correi* et par les cautions, c'est, il me semble, que, sans avoir figuré personnellement au procès, ils sont ce-

5° Enfin, un jugement quelconque est opposable à tous ceux qui, ayant le droit d'intervenir dans le procès et connaissant bien qu'il y avait procès, ont négligé d'y intervenir (L. 63, D., *de re jud.*, 42, 1 ; — L. 29, § 1, D., *de except. rei jud.*, 44, 2)[1].

184. — Dans tous ces cas exceptionnels, si l'on suppose une transaction, au lieu d'un jugement, elle n'aura jamais d'effet qu'entre les parties transigeantes. Toutefois, le contraire semblerait résulter de la loi 5, §§ 3 et 4, D., *de appell.*, 49, 1, où il est question d'une transaction intervenue sur la *querela inofficiosi testamenti*. Ce

pendant censés avoir été représentés par leur coobligé ou par le débiteur principal qui a obtenu le jugement d'absolution (V. nos 199 et suiv.) « Il faut remarquer d'ailleurs que la chose jugée n'est jamais opposable à ces personnes par le créancier, qui a obtenu le jugement de condamnation.

On peut encore se demander si le jugement rendu sur une obligation dite *indivisible* a l'autorité de la chose jugée. Mais il faut répondre négativement, parce que, comme le dit très bien M. Maynz (*Op. cit.*, *II*, p. 105, note 1, et p. 110, note 25, *in fine*), l'obligation elle-même est toujours divisible, et que c'est la prestation seule qui est indivisible.

[1]. Ceci peut paraître contredit par la loi 3, pr., D., *de pign.*, 20, 1, que j'ai citée au 3°. Elle dit en effet que le jugement intervenu dans la revendication ou la pétition d'hérédité intentée par le débiteur n'est pas opposable à son créancier gagiste ou hypothécaire. Or le créancier gagiste ou hypothécaire a certainement le droit d'intervention. Si donc, ayant connaissance du procès, il a négligé d'y intervenir, il n'aura pas le droit de méconnaître la chose jugé entre son débiteur et le défendeur, et c'est ce que dit expressément la loi 63, *de re judic.* Il faut donc supposer la bonne foi du créancier dans l'hypothèse de la loi 3, pr., *de pign.*, et, comme c'est la bonne foi, et non la mauvaise foi, qui se présume, on ne saurait reprocher au jurisconsulte de décider d'une manière générale que le jugement rendu contre le débiteur n'est pas opposable à son créancier gagiste ou hypothécaire.

« A l'époque classique, cet effet de la chose jugée n'avait guère, du reste, d'importance pratique, attendu que, bien avant le jugement, la *litis contestatio* éteignait l'action, même à l'égard de ces personnes. V. Cependant L. 21, § 4, D., *de except. rei jud.*, 44, 2.

texte nous dit que, si la transaction est intervenue sur un jugement de première instance, qu'il ait été déjà l'objet d'un appel ou non, les légataires peuvent plaider sur l'appel ou interjeter appel, toutes les fois qu'ils croient à une fraude. Si cette transaction peut cacher une fraude à l'égard des légataires, c'est qu'elle leur est opposable! Non! ce n'est pas la transaction qui leur est opposable, mais c'est le premier jugement qui va devenir définitif par suite de la transaction, et il serait injuste de ne pas permettre aux légataires, à qui ce jugement est opposable, de déjouer la fraude du légitimaire et de l'institué, en plaidant sur l'appel, ou en interjetant appel, droit qui leur est accordé par plusieurs textes (L. 50, § 1, D., *de legat.* 1°, 30; — L. 5, § 1; L. 14, pr., D., *de appel.*, 49, 1). Voilà toute la signification du fragment dont il s'agit. Au reste, il est bon de remarquer que la transaction, qui peut cacher une fraude au préjudice des légataires, peut aussi avoir un effet indirect à leur profit. Ainsi je suppose un jugement de première instance donnant tort au légitimaire, au lieu d'un jugement faisant tomber le testament; si, par une transaction, le *querelans* renonce à son droit à l'appel, cette transaction aura pour effet de rendre l'appel désormais impossible et le testament à jamais inattaquable.

185. — Cinquième Différence. Un débiteur corréal condamné par un jugement à payer la totalité de la dette, on a fini par l'admettre du moins, a une action utile en recours contre son codébiteur, sans qu'il ait à justifier qu'ils étaient *socii*, ni qu'il ait formellement stipulé la cession d'actions[1]. Au contraire, nous allons voir dans le cha-

[1] Je renvoie pour les détails et pour les textes à M. Demangeat,

pitre suivant qu'un débiteur corréal non *socius*, s'il a transigé sans demander la cession d'actions, n'aura aucun recours contre son codébiteur.

186. — Sixième Différence. Une personne qui, croyant par erreur à l'existence d'un jugement qui la condamnait, aura payé cette prétendue condamnation, n'aura pas la *condictio indebiti* (L. 1, C., *de cond. ind.*, 4, 5). C'est une conséquence de cette règle inexplicable que la *condictio indebiti* n'est jamais accordée dans les causes *quæ infitiatione duplantur* (L. 4, C., *de cond. ind.*, 4, 5; — I., 3, 27, § 7) [2].

Le payement fait par erreur en exécution d'une transaction qui n'a jamais existé, donne certainement lieu à répétition (L. 23, pr., D., *de cond. ind.*, 12, 6).

Des Obligations solidaires en Droit romain, pp. 225 et suiv. ; à M. Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, pp. 138 et 139, et à M. Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit., II, pp. 73 et suiv.

[2] Cf. no 147, note.

CHAPITRE VII

DES PERSONNES A QUI ET PAR QUI LA TRANSACTION PEUT ÊTRE OPPOSÉE

187. — Les conventions ne produisent d'effet qu'entre les parties; la transaction, qui en est une, ne produit non plus d'effet qu'entre les parties (LL. 2 et 3, C., *int. al. act.*, 7, 60).

Par *parties*, il faut entendre non seulement ceux qui étaient présents à la transaction, mais aussi tous ceux qui y étaient représentés par eux, soit en vertu d'un mandat légal ou conventionnel, soit comme leurs ayants cause. A l'inverse, même ceux qui étaient présents à la transaction ne sont pas parties, mais tiers, toutes les fois qu'ils se présentent en une autre qualité.

Ce qu'il y a de difficile, c'est de distinguer les ayants cause des tiers. La question ne fait pas de doute pour les successeurs universels, héritiers ou autres, qui sont toujours des ayants cause, même quand ils sont eux-mêmes incapables de transiger (L. 2, C., *de his quib. ut ind.*, 6, 35).

188. — Les ayants cause qu'on peut assimiler aux successeurs universels sont les créanciers chirographaires, qui profitent ou souffrent de la transaction de leur débiteur. Toutefois ceci n'est vrai que sous bénéfice des deux conditions suivantes :

1° Si le débiteur a transigé en fraude des droits de

ses créanciers, ceux-ci peuvent attaquer la transaction au moyen de l'action Paulienne.

189. — 2° Si la transaction du débiteur peut modifier le gage commun de ses créanciers, elle ne peut apporter aucune modification à leurs créances mêmes. Ulpien fait une application de cette idée élémentaire dans la loi 8, § 5, D., *h. t.* Titius reçoit un legs, à la charge de fournir des aliments à Séius, à titre de condition ou de fidéicommis. Nous avons vu précédemment, au chapitre III, que Séius ne pourrait valablement transiger sans l'autorisation du magistrat. Mais Titius, lui, peut valablement transiger sans cette autorisation, attendu que, ajoute le jurisconsulte, sa transaction ne saurait diminuer les aliments de Séius.

Cette dernière règle souffre elle-même une dérogation remarquable. Un rescrit de Marc-Aurèle, qui, probablement, ne fit que régulariser une pratique qui existait déjà, décide qu'une transaction conclue entre l'héritier et les créanciers héréditaires, dans le but de déterminer le premier à faire adition moyennant des remises consenties par ces derniers, oblige tous les créanciers *convoqués*, qu'ils fussent présents ou non, qu'ils fussent d'avis favorable ou défavorable, à condition que la transaction eût lieu devant le préteur et qu'elle fût approuvée par la majorité des créanciers, qui se calcule conformément aux lois 8 et 9, D., *de pact.*, 2, 14 (V. n° 8)[1].

[1] M. Accarias conjecture que ce serait là l'origine du concordat (*Thèse*, p. 123). Voir aussi Pothier, *Traité des Obligations*, n° 88; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *Traité des Faillites et des Banqueroutes*, p. 380, note 1, *in fine*. M. Thaller, au contraire, n'y voit que l'origine du bénéfice d'inventaire (*Des Faillites en droit comparé*, I, p. 13, note 4). J'inclinerais plutôt du côté de la première conjecture, par cette raison que notre opération, comme le concordat, n'oblige

190. — La transaction conclue par le débiteur avec un autre ne peut pas changer non plus la personne du débiteur. La délégation, ou novation par changement de débiteur, quand elle se fait par une stipulation unique, peut intervenir à titre de transaction, mais elle suppose essentiellement le consentement du créancier, auquel cas celui-ci est partie à l'opération, et non ayant cause de son débiteur. Donc, sans le consentement du créancier, aucune transaction entre le débiteur et une autre personne ne peut changer le débiteur à l'égard du créancier,

l'héritier qu'à un dividende fixe et lui laisse cet espoir que, si le patrimoine du défunt a une valeur supérieure à ce dividende, ce sera lui qui en profitera ; tandis que le bénéfice d'inventaire l'oblige jusqu'à concurrence de l actif de la succession et que l'héritier n'en retirera aucun profit qu'autant que l'hérédité est solvable. Toutefois, il faut s'empresser d'ajouter, avec M. Accarias, que le seul point essentiel de cette ressemblance entre notre opération et le concordat est que tous les créanciers chirographaires qui ont été convoqués, qu'ils fussent présents ou absents au traité, sont tenus de respecter la décision prise par la majorité (L. 10, pr., D., *de pact.*, 2, 14 ; — C. de comm., art 516). Il y a beaucoup de différences de détail, dont voici les trois principales : 1° Au concordat, outre les convocations individuelles adressées à tous les créanciers connus, il y a une convocation collective insérée dans les journaux (C. de comm., art. 504) ; par conséquent, tous les créanciers chirographaires, sans exception, sont censés avoir été convoqués et sont tenus d'observer la décision de la majorité (C. de comm., art. 516) [a] ; — A Rome, la convocation collective n'étant pas connue, les créanciers convoqués individuellement étaient seuls tenus de respecter le traité ; — 2° Le concordat exige le concours de deux majorités : la majorité en nombre des créanciers et les deux tiers des créances (L. du 4 mars 1889, art. 15 et 20) ; — A Rome, la majorité exigée était la majorité ordinaire des créances ; quand il y avait partage, c'était le nombre qui l'emportait ; si le nombre était aussi égal, le préteur devait incliner du côté du camp où il y avait des créanciers de distinction ; et à défaut de cette différence même, il devait suivre l'avis le plus humain (L. 8, D., *de pact.*, 2, 14) ; — 3° Le tribunal de commerce n'est jamais obligé d'homologuer un concordat (C. de comm., art. 515) ; — En droit romain, le préteur était tenu de consacrer l'avis de la majorité (L. 7, § 19, D., *de pact.*, 2,14).

a Il serait inexact de dire, avec M. Accarias, que les créanciers non convoqués sont aussi liés.

qui ne saurait ni se voir forcé d'accepter le nouveau débiteur, ni le poursuivre malgré lui. Ainsi, par exemple, Primus est débiteur de Secundus pour 100. Il se prétend créancier de Tertius pour 200. Celui-ci le nie. Il intervient une transaction, par laquelle Primus abandonne sa prétention, à la condition que Tertius s'obligera à sa place pour 100 à l'égard de Secundus. Si Secundus y consent, rien de mieux : Primus sera libéré et Tertius sera obligé à sa place. Mais, si Secundus reste étranger à la transaction, Primus demeurera son débiteur et la transaction ne lui est pas opposable.

Par application de cette idée, incontestable en droit romain, les créanciers héréditaires, à moins qu'ils n'y fussent parties, ne sont point tenus de respecter une transaction intervenue entre un prétendu héritier institué et un prétendu héritier légitime et aux termes de laquelle chacun de ces derniers aura une certaine portion de l'hérédité. Par application de la même idée, il faudrait décider qu'à l'inverse, les créanciers n'ont pas le droit d'invoquer cette transaction, pour poursuivre les parties transigeantes. Mais Scévola décide, dans l'intérêt des créanciers, qu'ils pourront poursuivre chacune des parties transigeantes, dans la mesure de la portion que la transaction lui a attribuée. C'est ainsi, du moins, que nous comprenons la loi 14, D., *de trans.*: *Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta, certa lege finita est : quæro, creditores quem convenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent (qui transactionem fecissent)*, ID OBSERVANDUM DE ÆRO ALIENO, QUOD INTER EOS CONVENISSET[1] : *si alii creditores essent, prop-*

[1] Cette leçon, conforme aux Basiliques et que j'emprunte à Cujas et à Mommsen, n'est pas celle du texte florentin, reproduit par Galisset et dans lequel ces mots : *Id observandum de æro alieno, quod*

ter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.

inter eos convenisset, ne se trouvent pas. Mais, pour moi, sans ces mots, le texte semble assez difficile à comprendre. Tel n'est pas l'avis de M. Molitor (*Op. cit.*, II, pp. 502 et 503), qui s'en tient au texte florentin, en s'appuyant sur la vaine redondance que formeraient les mots *id observandum*, etc. Je réponds d'abord que ces mots ne formeraient point une vaine redondance. Dans la première hypothèse, où les créanciers étaient parties à la transaction, ils sont obligés de respecter leur convention à eux; tandis que, dans la seconde hypothèse, bien que tiers, ils peuvent poursuivre les parties transigeantes, en s'appuyant sur la transaction, à laquelle ils restaient étrangers, à cause de l'incertitude de la qualité d'héritier (*propter incertum successionis*). Ainsi, alors même que la solution serait absolument la même dans les deux cas, puisque le motif n'est pas le même, on pourrait dire sans redondance : *id observandum*, etc. Mais il y a plus : la solution n'est pas du tout la même : 1° Quand les créanciers sont eux-mêmes parties transigeantes, non seulement ils peuvent poursuivre les prétendus héritiers institué et ab intestat proportionnellement à la part attribuée à chacun par la transaction, mais ils en sont tenus, tandis que, si les créanciers sont des tiers, ils n'en sont pas tenus, mais qu'ils le peuvent; et l'auteur que je combats ne semble pas le contredire; 2° Dans la seconde hypothèse, les créanciers ont des actions utiles; mais dans la première, je ne crois pas, comme M. Molitor, qu'ils aient des actions utiles. En effet, dans ce cas, que les créanciers soient eux-mêmes des héritiers institués ou légitimes, ou qu'ils aient donné leur consentement à la transaction en qualité de créanciers, qui sont toujours intéressés à avoir tel ou tel débiteur, au lieu de tel ou tel autre (Certains auteurs : [Molitor, *op. cit.*, II, pp. 502 et 503; Dumas, *Thèse*, p. 60] paraissent oublier cette seconde hypothèse, qui devait cependant être assez fréquente, si l'on songe surtout que le jugement intervenu sur une pétition d'hérédité était opposable aux créanciers de la succession, qui, par conséquent, avaient un droit d'intervention [V. n° 183, 3°]. Et ces créanciers sont de véritables parties transigeantes, car ils renoncent à une partie de leurs créances en faveur du véritable héritier, en même temps qu'ils acquièrent une créance nouvelle contre l'autre prétendant), s'ils poursuivent les autres parties transigeantes, ce n'est pas par des actions utiles, mais bien par l'action *ex stipulatu*, s'ils ont stipulé; par l'action *præscriptis verbis*, s'ils n'ont pas stipulé, mais s'ils ont exécuté la transaction de leur part, par exemple en livrant aux autres parties une partie de l'hérédité ou en faisant acceptilation de tout ou partie de leurs créances; enfin, dans les autres cas, par leurs anciennes actions telles quelles, en brisant l'exception de transaction par la réplique de dol : tout

191. — On a contesté cette interprétation et soutenu que non seulement les créanciers de la succession sont autorisés à poursuivre les deux prétendus héritiers, en se fondant sur leur transaction, mais qu'ils en sont tenus [1]. Je trouve dans la thèse de M. Accarias (p. 126) une réfutation qui n'en est pas une. L'éminent romaniste nous dit que « le jurisconsulte, décidant que, dans la première hypothèse prévue, la transaction lie les créanciers, semble bien indiquer par là qu'ils ne sont plus tenus de l'observer dans la seconde hypothèse. » C'est une erreur, car le jurisconsulte emploie le gérondif, *observandum, conveniendus*, dans la première aussi bien que dans la seconde hypothèse, et il serait difficile de dire que, si le premier gérondif est impératif, il n'en est pas de même du second. L'autre argument de l'auteur de la remarquable thèse est plus heureux. « Le consultant ne demande pas, dit-il, qui les créanciers doivent poursuivre, mais qui ils *peuvent* poursuivre. » Pour moi, l'argument principal c'est qu'il serait fort injuste de changer le débiteur malgré le créancier, et que cette transaction, si elle était opposable aux créanciers de la succession, aurait précisément ce résultat injuste de changer, au moins pour une partie, leur débiteur malgré eux.

192. — Pour échapper à la critique que je viens de formuler, on a quelquefois restreint l'application obligatoire de notre transaction à l'égard des créanciers héréditaires aux cas où ils n'en souffriraient pas *d'une façon sérieuse* [2]. Cette restriction arbitraire, qui n'est appuyée

comme dans les autres transactions, car il n'y a pas de raison pour décider autrement ici qu'ailleurs (V. nos 58 et suiv.).

[1] Maynz, *op. cit.*, II, p. 584.

[2] Jaubert, *Thèse*, p. 86.

sur aucun texte, n'est pas seulement rationnelle. Qu'une transaction puisse être opposée aux parties transigeantes par des tiers, on le comprend, car, en somme, c'est un acte librement consenti par elles et qui est toujours obligatoire entre elles. Mais on ne peut pas en dire autant de son application contre des tiers, qui se trouveraient liés par un acte traité par d'autres sans eux. Qu'on ne dise pas que cette application, par hypothèse, ne doit pas leur *nuire d'une façon sérieuse !* Qu'entend-on par *nuire d'une façon sérieuse ?* Il y aurait toujours un préjudice évident, c'est qu'au lieu de poursuivre un seul débiteur, les créanciers se trouveraient obligés d'en poursuivre deux, qu'au lieu de recevoir le payement intégral, ils se trouveraient forcés de se contenter d'un payement partiel. L'un d'eux, sans être insolvable, peut être plus récalcitrant que l'autre; il peut habiter un pays plus éloigné que celui de l'autre ; etc., etc. Sont-ce là des préjudices sérieux? En tous cas, le premier préjudice, qui est inévitable, me semble suffisant pour permettre aux créanciers de rechercher lequel des deux prétendants est le véritable héritier.

193. — En somme, l'idée du jurisconsulte est pour nous celle-ci: Quand il y a un individu qui se prétend héritier testamentaire et un autre qui prétend que le testament est nul et que c'est lui qui est l'héritier *ab intestat*, si une transaction intervient entre eux, les créanciers. eux, ont certainement le droit de prouver, s'ils le peuvent, la validité du testament pour poursuivre *in solidum* l'héritier institué, ou le contraire pour poursuivre l'héritier légitime, car la succession légitime et la succession testamentaire étant absolument incompatibles, si l'adition de

l'héritier institué est valable, celle de l'autre est nécessairement nulle, ou *vice versa*. Mais, puisque les deux prétendants, par une transaction, ont renoncé à éclaircir cette question, il est beaucoup plus simple de permettre aux créanciers de ne pas l'éclaircir davantage et de demander le payement de leurs créances proportionnellement à la part attribuée à chaque prétendant, ce qui ne lui porterait aucun préjudice, bien au contraire, attendu que chacun des deux prétendants se prétendait héritier pour le tout, et par suite débiteur pour le tout, et que, d'autre part, celui qui aurait payé toutes les dettes serait obligé d'exercer son recours contre l'autre. Maintenant, comme cette solution est contraire au droit civil, on donnera aux créanciers des actions utiles.

194. — Cujas suppose que notre texte vise la transaction intervenue sur une *querela inofficiosi testamenti*. Cette supposition est inadmissible, parce qu'un testament attaqué pour cause d'inofficiosité reste valable, tant qu'un jugement ne vient pas l'annuler. Si donc une transaction vient à intervenir entre l'héritier institué et le *querelans*, par laquelle ce dernier renonce à sa *querela*, le testament deviendra inattaquable et l'héritier véritable sera l'héritier institué : les créanciers n'auront pas le droit de poursuivre le *querelans*, parce qu'il n'y a pas *incertum successionis*. Il s'agit donc là d'un testament attaqué comme *injustum, ruptum, irritum* ou *desertum*.

195. — Nous venons de parler des ayants cause universels ; parlons maintenant des ayants cause particuliers. Le principe est bien simple, c'est que tous ceux qui ont traité avant la transaction sont des tiers, et que tous ceux

qui ont traité après sont des ayants cause. Pour appliquer ce principe, qui comporte certains tempéraments, il convient de distinguer suivant que la transaction porte sur un droit réel ou sur une créance. Supposons donc d'abord la transaction portant sur un droit réel, et sous-distinguons plusieurs hypothèses :

Première hypothèse. Primus prétend être propriétaire d'un immeuble possédé par Secundus ; par suite d'une transaction, il abandonne sa prétention, moyennant une prestation de Secundus (ou bien c'est lui qui était possesseur et qui abandonne la possession à Secundus). Quelque temps après, Tertius se présente, prétendant que Primus lui a mancipé l'immeuble. Tertius sera-t-il ayant cause ou tiers, relativement à la transaction? La question se résoudra différemment, selon les dates respectives des deux actes. La transaction est-elle antérieure à la mancipation : elle est opposable à Tertius ; est-elle postérieure : elle ne lui est pas opposable.

Deuxième hypothèse. Primus, au lieu de manciper l'immeuble à Tertius, se contente de le lui promettre, *verbis* ou autrement. Ici Tertius est toujours ayant cause de Primus, sans demander si son droit est antérieur ou postérieur à la transaction, car il n'est qu'un créancier chirographaire, et nous venons de voir que les créanciers chirographaires sont tous des ayants cause de leur débiteur [1].

Troisième hypothèse. Primus, possesseur de l'im-

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 117) se contente de dire qu'ici, les deux prétentions n'ont rien d'incompatible. Cette manière de dire me semble un peu inexacte, car Tertius étant créancier d'un corps certain, si l'on veut exécuter sa créance, on heurtera certainement le droit de Secundus. Il vaut mieux expliquer la solution donnée au texte par la qualité d'ayant cause qui appartient à Tertius.

meuble, gardait encore la possession, bien qu'il ait promis à Secundus de la lui abandonner. Tertius se présente prétendant que Primus lui a mancipé ou seulement livré l'immeuble. Quelle que soit la date de cette mancipation ou de cette tradition, par rapport à celle de la transaction, Tertius peut toujours méconnaître la transaction, qui n'a engendré qu'une créance au profit de Secundus.

QUATRIÈME HYPOTHÈSE. Primus garde toujours l'immeuble : il ne l'a livré ni à Secundus ni à Tertius, à qui d'ailleurs il ne l'a pas mancipé. Ici tous les deux ne sont que des créanciers qui ont un droit égal, quelle que soit la date de leurs créances, et ce n'est qu'au jour de l'exécution de l'une des deux conventions que l'on pourra dire que l'un l'emportera sur l'autre [1].

196. — Supposons maintenant une transaction portant sur une créance. Le seul cas qui puisse faire un peu de difficulté, c'est celui de la cession de la créance litigieuse. Par application du principe posé plus haut (n° 195), on devrait dire que, si la transaction est antérieure à la cession, elle est opposable au cessionnaire, mais que, dans le cas contraire, elle ne lui est pas opposable. De ces deux déductions logiques du principe, la première reçoit la pleine application ; mais il n'en est pas de même de la seconde. Dans le cas où le débiteur a fait transaction avec le cédant, dans l'ignorance de la

[1] J'ai toujours supposé, pour la simplicité, qu'il s'agit d'un droit de propriété. Mais il va sans dire qu'on peut supposer un autre droit réel quelconque, notamment l'hypothèque, avec cette observation que l'hypothèque, à la différence des autres droits réels, peut s'établir par une simple convention. Ainsi un créancier hypothécaire, relativement à son hypothèque, ne doit pas être traité comme ayant cause universel de son débiteur, mais comme ayant cause particulier à l'égard des acquéreurs antérieurs de la chose hypothéquée.

cession, cette transaction est opposable au cessionnaire, dont le droit cependant est né avant la transaction. En voici la raison. A Rome, à la différence de ce qui est admis en droit français, les créances elles-mêmes étaient incessibles, et pour en céder les avantages, ce qui était possible même à Rome, on recourait en général à la *procuratio in rem suam*. Donc, jusqu'à la *litis contestatio*, le cessionnaire n'était qu'un simple mandataire et le cédant restait le véritable créancier. Maintenant, si le débiteur avait connaissance de la cession et que néanmoins il transigeât avec le cédant, il commettait un dol : si donc il voulait opposer cette transaction au concessionnaire, celui-ci pouvait la repousser au moyen d'une exception ou d'une réplique de dol. Voilà, du moins, ce qui résulte des principes généraux admis à la fin de l'époque classique [1].

197. — L'idée que nous venons d'exposer se trouve appliquée par Papinien à la vente d'hérédité et à la restitution de fidéicommis (L. 17, D., *de trans.*) : « Le ven-

[1] On part souvent d'une idée qui me semble un peu inexacte. On dit qu'après la cession, le véritable créancier est le cessionnaire, et que le cédant n'a plus le droit de traiter avec le débiteur; si donc le débiteur de bonne foi peut conclure avec le cédant une transaction opposable au cessionnaire, c'est, dit-on, une décision toute de faveur (Accarias, *Thèse*, pp. 118 et 119; Jaubert, *Thèse*, pp. 79 et 80). Je dis que cela est inexact : en effet, même dans le dernier état du droit romain, la cession n'était pas en principe opposable au débiteur avant la *certioratio*; ainsi, par exemple, si le débiteur venait à acquérir une créance contre le cédant avant la *certioratio*, alors même qu'il avait déjà connaissance de la cession, il pouvait l'opposer en compensation au cessionnaire (V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 555; Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, p. 168). J'ajoute qu'il n'est pas prouvé qu'au temps de Papinien, sur le texte de qui on raisonne, la *certioratio* avait déjà l'effet de la *litis contestatio*, et qu'elle rendait le concessionnaire le véritable créancier.

deur d'une hérédité, dit-il, après avoir cédé ses actions à l'acheteur[1], a transigé avec un débiteur héréditaire, qui ignorait la vente d'hérédité : si l'acheteur de l'hérédité veut exiger cette dette, l'exception de la transaction doit être accordée au débiteur, à cause de sa bonne foi. Il faut donner la même réponse à l'égard de celui qui a reçu une hérédité à titre de fidéicommis, si l'héritier a transigé avec un débiteur de bonne foi. »

Premier cas. Primus, héritier d'une personne, vend l'hérédité à Secundus. Quelques jours après, un des débiteurs héréditaires, Tertius, à qui Secundus n'a pas eu le soin de signifier la vente et qui l'ignore complètement, vient proposer à Primus une transaction, que celui-ci s'empresse d'accepter. Plus tard, Secundus poursuit Tertius en payement de sa dette. Si on appliquait rigoureusement le principe que nous avons posé au début, on devrait décider que la transaction de Tertius, intervenue après la cession, n'est pas opposable à Secundus. Mais le jurisconsulte décide avec raison que Tertius, qui a transigé de bonne foi avec Primus, peut opposer la transaction à Secundus, qui a négligé de l'avertir de la cesssion.

Deuxième cas. Primus, héritier fiduciaire, restitue le fidéicommis à Secundus, fidéicommissaire, et puis transige avec un débiteur héréditaire, Tertius. Par application rigoureuse de notre principe, Tertius ne saurait opposer sa transaction à Secundus. Mais, par la même raison que dans le cas précédent, Papinien déclare la transaction opposable à Secundus.

198. — J'ai dit (n° 196) que le principe auquel je

[1] Depuis Antonin le Pieux, cette cession était toujours sous-entendue (L. 16, pr., D., *de pact.*, 2, 14).

viens d'ajouter deux tempéraments avec Papinien, reçoit pleine application pour les transactions antérieures à la cession. Cette application, cependant, a été quelquefois contredite pour le cas de fidéicommis [1]. Le fiduciaire, dit-on, est un propriétaire sous condition résolutoire : donc ses actes, les transactions comme les aliénations, relatifs aux objets qu'il doit restituer au fidéicommissaire, si celui-ci réclame la restitution, sont résolubles comme son droit : ils ne sont donc pas opposables au fidéicommissaire, qui n'a pas donné son consentement. Bien que l'auteur ne le précise pas, il est évident que, si ce raisonnement était exact, il s'appliquerait aussi bien aux créances héréditaires qu'aux choses corporelles. Mais, en s'attachant d'abord aux choses corporelles, il y a un point à peu près certain : c'est que, même en admettant la prétendue résolution rétroactive du droit du fiduciaire, la propriété légalement transmise par lui à un tiers ne reviendrait pas de plein droit sur la tête du fidéicommissaire. Cette observation faite, je vais plus loin et je dis que rien ne prouve que cette prétendue résolution rétroactive du droit du fiduciaire ait jamais été admise. Tout porte à croire, au contraire, que le droit du fiduciaire était transmis au fidéicommissaire par la restitution, si l'on songe surtout que le fidéicommis n'était pas longtemps obligatoire, que, même après qu'il fut devenu obligatoire, il s'exécutait au moyen d'une cession d'hérédité jusqu'au SC. Trébellien, qui, en rendant ce détour inutile, ne semble pas avoir bouleversé complètement la théorie et fait rétroagir le droit du fidéicommissaire ; si l'on songe

[1] Jaubert, *Thèse*, pp. 80 et suiv.

encore que le droit romain était beaucoup plus hostile que le droit français à toute résolution rétroactive. Par conséquent, un débiteur héréditaire, aussi bien qu'un tiers acquéreur, qui aura traité avec le fiduciaire avant la restitution, même connaissant bien l'existence du fidéicommis, peut opposer ce traité au fidéicommissaire. Mais, dans ses rapports avec le fiduciaire, le fidéicommissaire peut lui demander des dommages et intérêts toutes les fois que cet acte causera un préjudice au fidéicommissaire, du moins à partir de l'époque où le fidéicommis devint obligatoire, c'est-à-dire à partir d'Auguste. Et, en cas d'insolvabilité du fiduciaire, le fidéicommissaire, qui est son créancier, peut exercer l'action Paulienne, si les conditions de cette action se trouvent réunies. Mais, en principe, encore une fois, la transaction conclue avec le fiduciaire par un débiteur héréditaire, comme par un tiers quelconque, relativement aux objets du fidéicommis, avant la restitution de ces objets, est opposable au fidéicommissaire, qui n'était qu'un créancier du fiduciaire et qui n'est, par conséquent, que son ayant cause (I., 2, 24, § 1; — G., II, § 262; — Paul, *Sent.*, 4, 1, § 18). J'ajoute que notre loi 17 me fournit un fort argument, car, en décidant que les transactions conclues par le fiduciaire après la restitution sont oppposables au fidéicommissaire, elle suppose évidemment que celles qui ont été conclues avant la restitution lui sont opposables *à fortiori*.

199. — Nous avons dit, en commençant ce chapitre, qu'il faut entendre par parties non-seulement ceux qui étaient présents à la transaction, mais aussi ceux qui y étaient représentés par leurs mandataires légaux ou con-

ventionnels. Mais, pour ces notions, nous renvoyons, en principe, soit à notre chapitre IV, soit aux règles générales de chacun de ces mandats légaux ou conventionnels, que nous n'avons pas à étudier ici : nous nous contentons de dire que le principe de non-représentation empêchait longtemps les droits et les obligations résultant des actes du mandataire, de naître directement sur la tête du mandant, mais que des moyens plus ou moins ingénieux ont fini par être inventés, à l'effet d'obtenir les résultats voulus.

Il y a cependant une catégorie de personnes, qui peuvent être considérées comme mandataires légaux ou conventionnels et dont nous allons nous occuper ici : nous voulons parler des créanciers ou débiteurs qui peuvent être considérés comme mandataires vis-à-vis les uns des autres, c'est-à-dire : 1° des *correi stipulandi* [1]; 2° des *correi promittendi;* 3° des créanciers *in solidum* [2]; 4° des débiteurs *in solidum*, et 5° des fidéjusseurs.

200. — 1° Des *Correi stipulandi.* Si l'un des *correi stipulandi* a fait avec le débiteur commun une transaction par laquelle il fait remise de sa créance, la question est de savoir si cette transaction est opposable aux autres

[1] Nous supposons, pour plus de simplicité, que l'obligation corréale résulte d'une stipulation, cas de beaucoup le plus fréquent, mais il ne faut pas oublier qu'elle résulte aussi d'autres actes. Du reste, comme la stipulation est la source ordinaire de cette obligation, on a fini, semble-t-il, par appeler *rei stipulandi* ou *promittendi* même les créanciers ou débiteurs dont la créance ou la dette corréales résultent d'une autre cause que la stipulation (L. 9, pr., D., *de duob. reis*, 45, 2).

[2] Les *correi* sont des créanciers ou des débiteurs *in solidum* par excellence. Mais, pour les distinguer des autres qui sont des créanciers ou des débiteurs *in solidum*, sans être des *correi*, nous appellerons les premiers toujours *correi* et les seconds simplement *in solidum*.

correi. Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant que la remise s'est faite par acceptilation ou par simple pacte.

Dans le premier cas, l'extinction de l'obligation a lieu *ipso jure* à l'égard de tous les *correi*, sans avoir à rechercher s'ils sont *socii* ou non (L. 2, D., *de duob. reis*, 45, 2; — L. 13, § 12, D., *de accept.*, 46, 4). Maintenant, dans les rapports des *correi* entre eux, s'ils sont *socii*, ils se partageront l'avantage de la transaction, ou, si la transaction constitue une faute du *correus* transigeant, les autres auront contre lui une action en indemnité, et l'action à leur disposition sera dans les deux cas l'action *pro socio*.

201. — Quand la remise a été consentie par un pacte *de non petendo*, il semble qu'elle n'est jamais opposable aux *correi* qui y sont restés étrangers, non-seulement *ipso jure*, ce qui est bien naturel, non-seulement encore au moyen de l'exception *pacti conventi*, ce qui se comprendrait mieux, mais même au moyen de l'exception de dol, comme on l'a préconisé, et cela, sans demander si les *correi* sont *socii* ou non. Cette décision qui nous semble clairement résulter de la loi 27, pr., D., *de pact.*, 2, 14 [1], a été cependant contestée.

Les uns veulent donner l'exception de dol au débiteur, quand il y a société entre les créanciers, sous le prétexte que, autrement, l'action du créancier étranger à la trans-

[1] *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit: an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint: quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

action réfléchirait contre le créancier transigeant, et que la transaction ne produirait pas d'effet[1]. Mais la question est précisément de savoir si cette transaction doit produire son effet, et nous sommes obligés de répondre négativement, en présence de la loi 27, qui nous dit qu'un *correus stipulandi* n'a pas le pouvoir de faire un pacte *de non petendo* opposable à son cocréancier.

D'autres, plus arbitraires encore, prétendent que, dans le même cas de *correi socii*, le pacte est opposable aux *correi* non transigeants, dans la mesure de la part du *correus* transigeant [2]. Mais le texte de la loi 27, tout à fait général, ne comporte pas cette restriction.

Tout au plus pourrait-on soutenir que cette controverse qui existait entre Labéon, Proculus, Atilicinus, Nératius, Scévola et Paul d'une part (L. 27, pr., D., *de pactis*, 2, 14; — L. 93, pr., D., *de solut.*, 46, 3), et Vénuléius de l'autre (L. 31, § 1, D., *de novat.*, 46, 2), sur la question de savoir si l'un des *correi stipulandi* avait le pouvoir de faire une novation opposable aux autres *correi* [3], divisait aussi ces jurisconsultes pour le pacte *de non petendo* [4], et que le dernier jurisconsulte, qui, plus logique que les autres, admettait que chacun des *correi*, qui pouvait éteindre la créance en recevant le payement, en

[1] Accarias, *Thèse*, p. 133; Jaubert, *Thèse*, pp. 89 et 90; Dumas, *Thèse*, pp. 65 et 66.

[2] Vinnius, *Select. Quæst.*, lib. 1, cap. 6.

[3] Des auteurs ont essayé de concilier ces textes contradictoires et de nier la divergence d'opinions qui existait réellement, à mes yeux, entre les jurisconsultes. Mais je renvoie pour les explications plus ou moins ingénieuses qu'ils ont imaginées et leurs réfutations à M. Demangeat, *Des Obligations solidaires en Droit romain*, pp. 308 et suiv. Cf. M. Appleton, *op. cit.*, II, pp. 139 et 157.

[4] Cette controverse se retrouverait, telle qu'elle était, en matière de transaction, si l'on supposait le cas rare où la transaction se ferait au moyen de la novation proprement dite (V. n° 173, 1re note).

poursuivant le débiteur ou en faisant l'acceptilation, pouvait l'éteindre aussi en la novant, admettait également que le pacte *de non petendo* consenti par l'un des *correi* était opposable aux autres [1].

202. — Il faut remarquer que la solution de Paul n'aboutit pas généralement à une injustice. Si, avant l'exécution de la transaction, le débiteur est poursuivi par le *correus* transigeant, il peut le repousser par l'exception de transaction, en exécutant la convention de son côté, et le droit, une fois déduit en justice, ne peut plus être exercé de nouveau par un autre *correus*. Si c'est un autre *correus* qui poursuit le débiteur, il aura certainement la condamnation, mais dans ce cas, le débiteur n'aura plus à craindre une poursuite quelconque du *correus* avec qui il a transigé, car celui-ci n'a plus aucun moyen légal de le poursuivre.

S'il a eu l'imprudence d'exécuter la transaction avant la poursuite, il peut encore ne pas subir de préjudice, quand c'est le *correus* transigeant qui le poursuit après, car il lui opposera victorieusement l'exception de transaction. Mais, même quand c'est un autre *correus* qui l'actionne, il ne subira pas nécessairement de préjudice, car, bien qu'il doive être condamné, il aura la *condictio causa data causa non secuta* contre celui qui a transigé avec lui.

Ainsi cette décision de Paul, qui peut nous paraître un

[1] Je ne cite que pour mémoire l'opinion assez bizarre de M. Molitor (*Op. cit.*, II, p. 500) et qui n'est pas bien clairement exposée, d'après laquelle il semblerait que la transaction de l'un des *correi stipulandi* fût toujours opposable aux autres, s'il n'y avait pas société entre eux, et que, dans le cas contraire, elle ne leur fût jamais opposable que dans la mesure de la part du *correus* transigeant.

peu étrange, à nous autres modernes, n'a cependant d'effet réellement fâcheux, que quand le débiteur a eu l'imprudence d'exécuter son obligation résultant de la transaction, sans attendre la poursuite judiciaire, que c'est un *correus* autre que celui qui a transigé avec lui, qui le poursuit, et que le *correus* transigeant est insolvable. En somme, celui-là seul peut subir un préjudice, qui aura été assez imprudent pour exécuter d'abord la transaction.

J'ajoute que, dans les rapports des *correi* entre eux, lorsque la transaction produit son effet, ceux qui n'y ont pas pris part peuvent recourir contre le *correus* transigeant par l'action *pro sicio*, s'ils sont *socii*, soit pour partager le bénéfice de la transaction, soit pour demander l'indemnité du préjudice qui a pu être causé par la transaction.

203. — 2° DES *Correi promittendi*. Ici encore, il faut distinguer suivant que l'abandon de la créance litigieuse s'est faite par acceptilation ou par pacte *de non petendo*. Dans le premier cas, comme pour la corréalité active, l'extinction de la créance a lieu *ipso jure* (L. 2, D., *de duob. reis*, 45, 2 ; — L. 16, pr., D., *de accept.*, 46, 4) [1].

[1] M. Jaubert (*Thèse*, p. 90) prétend qu'il en serait de même, quand la transaction a eu lieu à l'aide d'une *stipulation*. Qu'entend-il ici par *stipulation?* S'il n'entend par là que cette stipulation, rare en matière de transaction, comme nous l'avons déjà dit plusieurs fois (n° 173, 1re note, et n° 201, 5e note), qui s'appelle *novation*, nous serons d'accord. Mais, pour toute autre stipulation, notamment celle par laquelle le créancier s'est fait promettre une certaine prestation en échange du pacte *de non petendo*, qu'il a consenti, elle n'aura jamais pour effet d'éteindre le droit *ipso jure*.

M. Dumas (*Thèse*, p. 66) émet une opinion bien autrement fantaisiste, d'après laquelle, pour que la transaction libérât tous les *rei*

Quand la transaction a été faite par pacte *de non petendo*, si les *correi* sont *socii*, l'action qui subsiste *ipso jure* peut être repoussée au moyen de l'exception *pacti conventi*, non-seulement par le *correus* qui a transigé, mais aussi par les autres (L. 23, *in fine*, et L. 25, pr., D., *de pact.*, 2, 14; — L. 9, § 1, D., *de duob. reis*, 45, 2). Si les *correi* ne sont pas *socii*, la transaction ne peut être opposée, en principe, par les *correi* non transigeants. Mais ce principe reçoit une exception, à notre sentiment, quand il est démontré que le créancier, en faisant la transaction, avait l'intention de libérer tous les codébiteurs. Nous nous appuyons, pour l'admettre, sur un argument par analogie ou même *a fortiori*, tiré des lois 25, § 2, et 26, D., *de pact.*, 2, 14, qui accordent l'exception de dol au débiteur principal et aux cofidéjusseurs, quand le pacte *de non petendo* a été consenti par le créancier à un fidéjusseur, avec l'intention de libérer tous les obligés, comme nous allons le voir tout à l'heure [1].

Cette différence entre la corréalité active et la corréalité passive se comprend facilement. En cas de corréalité active, le pacte n'a été consenti que par l'un des créanciers, tandis qu'il a été consenti par le créancier unique, par hypothèse, en cas de corréalité passive. Dès lors, quoi d'étonnant à ce que le pacte soit opposable au créancier qui l'a consenti, même par d'autres que celui qui a traité avec lui, et qu'il ne le soit pas aux créanciers qui n'y ont point consenti?

promittendi, il faudrait qu'elle eût eu lieu *par stipulation Aquilienne avec acceptilation*. On dirait que l'auteur a complètement oublié le cas, de beaucoup le plus fréquent, où la corréalité résulte d'une stipulation, et où, par conséquent, on n'a nullement besoin d'une stipulation Aquilienne pour éteindre *ipso jure* l'obligation corréale.

[1] En ce sens: Demangeat, *op. cit.*, pp. 294 et 295.

Il va de soi qu'en cas de société, les *correi*, qui profitent de la transaction, doivent subir *pro socio* le recours du *correus* qui a transigé. Quand il n'y a pas société, ce recours n'est possible que par suite de la cession d'actions, consentie par le créancier, auquel cas ce n'est pas l'action *pro socio*, mais les actions du créancier, qu'on exerce. En tous cas, le créancier n'a point d'action contre les *correi* qui n'ont pas transigé, pour leur demander l'exécution des obligations résultant de la transaction [1].

204. — 3° DES CRÉANCIERS *in solidum*. Vu la rareté relative du cas probablement, nous n'avons aucun texte réglant la matière. M. Demangeat [2] en a conclu que les créances *in solidum* étaient réglées de la même façon que les créances corréales. Cette conclusion ne nous semble point justifiée. Du moment que les deux sortes d'obligations solidaires étaient réglées différemment au point de vue passif, dans le silence des textes, il nous semble plus logique de supposer qu'elles étaient réglées différemment aussi au point de vue actif. Or, comme nous le verrons au numéro suivant, le principe était radicalement différent au point de vue passif, suivant qu'il s'agissait d'obligations corréales ou d'obligations *in solidum*. Dans les premières obligations, l'obligation est unique : *Una res vertitur*, dit Justinien (I., 3, 16, § 1) ; tandis que, dans les dernières, il y a plusieurs obligations : la preuve c'est que la *litis contestatio* faite avec

[1] Ici encore, comme dans le cas de corréalité active, M. Molitor veut appliquer sa théorie, toute contraire aux textes et aux principes du droit romain (*Op. cit.*, pp. 500 et 501).

[2] *Op. cit.*, pp. 401 et suiv.

l'un des débiteurs *in solidum* ne libère pas les autres, contrairement à ce qui arrive pour les *correi* (Pour les *correi* : L. 51, § 4, D., *de evict.*, 21, 2[1] ; — LL. 2 et 16, D., *de duob. reis*, 45, 2 ; — L. 5, *in fine*, D., *de fidej.*, 46, 1 ; — Pour les débiteurs *in solidum* : LL. 3 et 4, D., *de effusis*, 9, 3 ; — L. 18, § 3, D., *de pecun. constit.*, 13, 5 ; — L. 5, § 15, D., *commodati*, 13, 6 ;[2] — L. 1, § 43, D., *depositi*, 16, 3 ; — L. 7, § 4, D., *quod falso tut.*, 27, 6 ; — L. 18, § 1, D., *de adm. et peric. tutor.*, 26, 7 ; — L. 41, § 1 ; L. 52, § 3, D., *de fidej.*, 46, 1 ; — L. 28, *in init.*, C., *de fidej.*, 8, 41 ; — Paul, *Sent.*, 2, 17, § 16). Nous considérons que la même différence existe entre les deux sortes d'obligations au point de vue actif. La seule difficulté est de savoir quelles sont les causes de la créance *in solidum*, et, sur ce point, les auteurs sont loin d'être d'accord [3]. Mais il serait trop long de traiter cette question ici. Nous nous bornons donc à appliquer le principe que nous venons d'admettre, à la transaction consentie par un des créanciers *in solidum*, sans nous demander la cause de leurs créances [4].

D'abord, ni l'acceptilation, ni le pacte faits par l'un des

[1] Ce texte ne parle que de débiteurs *in solidum*, mais nous pensons avec MM. Demangeat (*Op. cit.*, p. 74) et Appleton (*Op. cit.*, II, p. 137, note 1) qu'il se réfère aux obligations corréales.

[2] *Etsi alter conventus* PRÆSTITERIT, *liberabit alterum*. Ce texte suppose certainement des obligations *in solidum*, bien que M Demangeat (*Op. cit.*, p. 153) paraisse admettre le contraire. En ce sens : M. Appleton, *op. cit.*, II, p 137, note 2.

[3] Par exemple : M. Appleton (*op. cit.*, II, p. 140) ne paraît pas admettre toutes les causes qu'énumère M. Molitor (*Op. cit.*, II, pp. 611 et suiv.).

[4] Supposez, par exemple, deux personnes qui ont fait un dépôt et qui sont convenues que l'une d'elles pourra réclamer la totalité du dépôt, hypothèse prévue par la loi 1, § 44, D., *Depositi*, 16, 3, et où tous les auteurs qui reconnaissent l'existence d'une créance *in solidum* non corréale semblent d'accord pour voir une créance de cette nature.

créanciers n'éteignent jamais *ipso jure* le droit des autres. Seulement, les autres créanciers ne pourront poursuivre leur débiteur que déduction faite de la part de celui qui a transigé [1].

205. — 4° Des Débiteurs *in solidum*. J'ai dit au numéro précédent qu'il y a autant d'obligations que de débiteurs *in solidum*, à la différence de l'obligation corréale qui est toujours unique. Par application de ce principe, qui est certain au point de vue passif, où je me place maintenant, car il y a tant de textes qui l'établissent et que j'ai cités ci-dessus, ni l'acceptilation, ni le pacte *de non petendo* faits en faveur de l'un des débiteurs *in solidum* n'éteignent jamais *ipso jure* les obligations des autres. Le créancier peut donc poursuivre ces derniers, qui ne pourraient même pas lui opposer l'exception *pacti conventi*. C'est ce qui résulte clairement, pour la matière de la transaction, de la loi 1, C., *de trans.*, qui décide que, de plusieurs tuteurs ou curateurs, quelques-uns seulement ayant transigé avec le pupille ou la personne en curatelle, les autres peuvent encore être poursuivis. Mais peuvent-ils être poursuivis pour le tout ou pour leurs parts seulement? Je réponds sans hésitation que c'est pour leurs parts seulement qu'ils peuvent être poursuivis. En effet, la jurisprudence romaine a fini par admettre le recours d'un des débiteurs *in solidum* qui a payé la dette entière contre ses codébiteurs [2]. Cela étant, si les tuteurs ou curateurs qui n'ont pas pris part à la transaction étaient obligés de payer la totalité de la

[1] Nous en donnerons la raison au numéro suivant, en traitant des débiteurs *in solidum*.

[2] V. Appleton, *op. cit.*, II, p. 139, et Demangeat, *op. cit.*, pp. 225 et suiv.

dette, ils recourraient contre leurs cotuteurs ou cocurateurs, qui perdraient ainsi l'avantage résultant de la transaction, ce qui serait contraire à la bonne foi. Cela résulte d'ailleurs, à mon avis, de la loi 45, D., *de adm. et peric. tut.*, 26, 7, qui déclare que le pupille qui a libéré un de ses deux tuteurs ne peut plus poursuivre l'autre pour la part du premier, décision qu'elle applique aussi aux deux magistrats collègues [1]. Cette décision doit naturellement être généralisée, et quand l'action exercée n'est pas une action de bonne foi, le défendeur devra faire insérer dans la formule l'exception de dol [2].

Puisque c'est la possibilité du recours qui rend la transaction conclue par un des débiteurs *in solidum* opposable aux autres dans la mesure de sa part, si ce recours n'est pas possible par exception, cette transaction n'est point opposable aux débiteurs qui y sont restés étrangers. La loi 15, D., *de tut. et rat. dist.*, 27, 3, tire une conséquence de cette idée, toujours en matière de transaction émanant d'un des cotuteurs. Si la transaction porte sur un dol commun des cotuteurs, l'ex-pupille peut poursuivre encore le tuteur qui n'a pas transigé, et

[1] M. Demangeat cite encore la loi 95, § 11, D., *de solut.*, 46, 3, qui concerne le *mandatum pecuniæ credendæ* (*op. cit.*, p. 236). Mais, contrairement à ce qu'enseigne le savant auteur, je ne puis pas voir des obligations qu'on appelle généralement *in solidum* dans celles qui résultent d'un *mandatum pecuniæ credendæ* contre le débiteur principal et le *mandator*.

[2] M. Accarias (*Thèse*, pp. 135 et 136) prétend que toutes obligations *in solidum* résultent de contrats ou quasi-contrats de bonne foi et il invoque l'autorité de M. Demangeat. C'est une inadvertance : il y a certainement des obligations *in solidum* résultant de délits ou de quasi-délits (L. 14, § 15; L. 15, D., *quod metus causa*, 4, 2 ; — L. 1, § 10; LL. 3 et 4, D., *de his qui effud.*, 9, 3 ; — L. 1, C., *de cond. furt.*, 4, 8), et l'auteur dont M. Accarias invoque l'autorité le dit formellement (*op. cit.*, pp. 175 et suiv.).

celui-ci n'a aucun moyen de le repousser, car, en droit romain, il n'y avait point de recours dans ce cas, si l'un payait le tout [1]. Toutefois, comme, en somme, le pupille ne doit pas obtenir satisfaction deux fois, il devra naturellement déduire ce qu'il a reçu par la transaction, du montant total du préjudice qu'il a subi, quand il poursuivra le second tuteur [2].

J'ajoute que le débiteur *in solidum* qui a transigé aura un recours contre ses codébiteurs, s'il a payé, par suite de cette transaction, plus que sa part, puisqu'alors, ce payement profitera aux autres.

206. — 5° DES FIDÉJUSSEURS. Ici il faut distinguer si la transaction émane du débiteur principal ou d'un des fidéjusseurs.

Si elle émane du débiteur principal, elle libérera le ou les fidéjusseurs, *ipso jure* s'il y a eu acceptilation, en supposant que l'obligation principale était *verbis* ; *exceptionis ope* s'il n'y a eu qu'un pacte (L. 68, § 2, D., *de fidej.*, 46, 1). Ce résultat aura lieu, alors même que le fidéjusseur aura déjà été condamné (L. 7, § 1, D., *de*

[1] V. Appleton, *op. cit.*, II, p. 139.

[2] M. Accarias semble avoir mal compris la loi 15, *de tut. et rat. dist.*, lorsqu'il nous dit que « le jurisconsulte y décide que ce que l'un des tuteurs a payé en exécution de la transaction ne diminue pas l'obligation de l'autre (*Thèse*, p. 136). » Sans doute, la transaction ne profite pas au tuteur qui n'a pas transigé, comme le dit très-bien Ulpien, en ce sens qu'il ne peut pas invoquer la remise consentie par le pupille (*transactio nihil proderit alteri*) ; mais le payement lui profite toujours, qu'il ait été effectué *transigendi causa* ou autrement : ce qui nous semble résulter, par analogie, de la fin du texte, où il est dit que le payement de la condamnation prononcée contre l'un profite à l'autre. Pourquoi ? parce que le pupille ne peut obtenir satisfaction deux fois (*Quod si conventus alter præstitisset, proficiet id quod præstitit, ei cui conventus non est : licet enim ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere*).

trans.). Ceci peut étonner au premier abord : en effet, 1° la *litis contestatio* faite contre le fidéjusseur a eu pour résultat d'éteindre l'action, même contre le débiteur principal; quel intérêt celui-ci trouve-t-il à transiger avec son créancier, alors qu'il lui suffit d'opposer l'extinction de l'action par *litis contestatio*? 2° La transaction sur la chose jugée est interdite (n° 16); comment supposer alors une transaction, après que le fidéjusseur a été déjà condamné?

La réponse à la première objection est facile. Sans doute, le débiteur peut opposer la déduction du droit en justice, pour repousser son créancier ; mais il n'en reste pas moins tenu à l'égard de son fidéjusseur, qui a une action en recours contre lui. En transigeant avec le créancier, il éteint son obligation et libère ainsi son fidéjusseur, dont l'obligation n'a plus sa raison d'être.

La seconde objection est peut-être un peu plus embarrassante. En effet, on ne peut pas dire que la chose jugée se restreint strictement entre le créancier et le fidéjusseur : le débiteur principal peut certainement s'en prévaloir (L. 42, § 3, D., *de jurej.*, 12, 2) [1]. La réponse serait bien facile, si l'on pouvait supposer que le jugement n'est pas définitif (n° 17) ; mais cette supposition n'est pas possible, car notre texte, après avoir déclaré la validité de la transaction intervenue entre le créancier et le débiteur principal, donne la décision contraire pour

[1] Il faut noter que ceci ne se confond pas avec l'effet extinctif de la *litis contestatio*, même à l'époque classique. Nous trouvons dans la loi 21, § 4, D., *de except. rei jud.*, 44, 2, une application de l'exception *rei judicatæ* opposée par le fidéjusseur, en se fondant sur un jugement rendu en faveur du débiteur principal. A l'inverse, le débiteur principal pourra, dans la même hypothèse, opposer l'exception de la chose jugée en faveur du fidéjusseur. Cf. n° 183, 4e note.

la transaction conclue par le fidéjusseur condamné, qui serait obligé de payer la différence entre ce qu'il aura donné *transactionis causa* et le montant de la condamnation. Il faut donc se résigner à supposer un jugement inattaquable. Voici comment je veux expliquer cette décision, qui peut sembler au premier abord un peu étonnante : oui, la chose jugée peut être opposée par le débiteur principal ; par conséquent, si le jugement dont il s'agit était un jugement d'absolution sur la question d'existence de la dette, non-seulement le débiteur principal aurait toujours intérêt à l'opposer à son créancier, qui pourrait l'actionner, mais même il ne pourrait pas transiger valablement [1]. Mais tel n'est point notre cas : il s'agit ici d'un jugement de condamnation, et le créancier ne saurait jamais intenter l'action *judicati* contre le débiteur principal, qui n'est point *judicatus*. La chose jugée fait donc défaut dans ce cas, et une transaction peut valablement intervenir entre le créancier, qui ne peut pas se prévaloir, contre le débiteur principal, du jugement de condamnation qu'il a obtenu contre le fidéjusseur, et le débiteur principal, qui peut ainsi éviter le recours du fidéjusseur.

207. — Supposons maintenant que la transaction est intervenue entre le créancier et l'un des fidéjusseurs. Si elle a eu lieu par acceptilation [2], le débiteur principal,

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 137), et après lui, MM. Dumas (*Thèse*, p. 64) et Jaubert (*Thèse*, p 88), qui reproduisent visiblement l'explication du premier auteur, se contentent de dire que « la chose jugée n'empêche la transaction qu'entre les parties qui ont figuré dans l'instance. » D'une manière générale, la formule ne me semble pas exacte, comme j'espère l'avoir démontré au texte.

[2] M. Dumas parle ici encore de sa fameuse *stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation* (*Thèse*, p. 64), et ici c'est un véritable non-sens, attendu que la fidéjussion supposant toujours une stipulation,

ainsi que les cofidéjusseurs, est libéré *ipso jure*. Si elle a eu lieu par un simple pacte, en principe, elle ne leur profite pas (L. 23, D., *de pact.*, 2, 14). Cependant, quand la fidéjussion n'a pas eu lieu *donandi animo*, le créancier qui poursuivra le débiteur principal ou les cofidéjusseurs, sera obligé de réduire son action du montant de ce que le fidéjusseur transigeant aura payé ou dûment promis par suite de la transaction, car sans quoi, si c'est le débiteur principal qui est poursuivi, le fidéjusseur perdrait son recours contre lui, le débiteur ne pouvant pas être tenu de payer deux fois pour une même cause ; ou, si ce sont les cofidéjusseurs que le créancier poursuit, ils auraient un recours contre le débiteur principal, et par la même raison, le fidéjusseur qui a transigé perdrait encore son recours, à moins qu'on ne décide que ce sont les autres qui devraient perdre leur recours en partie. La loi 15, § 1, D., *de fidej.*, 46, 1, [1] me semble confirmer cette solu-

il n'y aurait jamais lieu de faire une stipulation Aquilienne, pour éteindre l'obligation *ipso jure* au moyen de l'acceptilation.

[1] *Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit : nec alter liberabitur ; et, si ab altero quindecim petere institueris,* NULLA EXCEPTIONE SUMMOVERIS : *reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris.* — Julien dit : *Nulla exceptione summoveris.* On pourrait cependant dire que le cofidéjusseur a l'exception de division. Non, ce serait une erreur, car la division ne peut être demandée que s'il y a des cofidéjusseurs au moment du payement. Or le créancier n'est point obligé de conserver l'un des fidéjusseurs pour poursuivre l'autre. Donc le pacte *de non petendo* consenti en faveur de l'un empêche l'autre d'opposer l'exception de division (L. 23, D., *de pactis*, 2, 14). Il faut remarquer, du reste, que le livre 51 du Digeste de Julien, dont notre loi 15 est tirée, fut écrit sous le règne d'Antonin le Pieux ou de Marc-Aurèle et Vérus, comme le démontre très bien Fitting (*Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, p. 6), et par conséquent, après le rescrit d'Hadrien qui introduisit le bénéfice de division au profit des fidéjusseurs.

tion. Il est vrai qu'elle ne parle que des cofidéjusseurs, mais, d'après le raisonnement que je viens de faire, elle doit s'appliquer *a fortiori* au débiteur principal, car, si les cofidéjusseurs, qui n'ont aucun recours contre le fidéjusseur transigeant[1], peuvent opposer la transaction, dans la mesure de la somme payée *transactionis causa*, c'est que ce dernier a son recours contre le débiteur principal. L'exception de dol sera donc accordée et au débiteur principal et aux cofidéjusseurs, si le créancier vient à leur réclamer le montant intégral de la dette. J'ajoute que s'il est démontré qu'en transigeant, le créancier a voulu libérer non-seulement le fidéjusseur avec qui il traitait, mais tous les coobligés, ceux-ci, sans pouvoir invoquer l'exception *pacti conventi*, pourront néanmoins opposer l'exception *doli mali* à toute poursuite du créancier (L. 25, § 2 ; L. 26, D., *de pact.*, 2, 14)[2].

208. — En somme, la transaction profite ou nuit aux parties et à leurs ayants-cause ; elle ne profite ni ne nuit aux tiers. Nous trouvons dans les textes deux applications de cette dernière idée :

1° La transaction consentie par l'héritier testamentaire ne profite ni ne nuit aux légataires et aux esclaves affran-

[1] Pour ne pas trop compliquer cette matière déjà assez compliquée, j'ai mis de côté exprès jusqu'ici les *sponsores* et les *fidepromissores*, dont les règles sont en général les mêmes que celles des fidéjusseurs. Cependant il convient de remarquer ici que ces deux catégories d'*adpromissores* ont recours les uns contre les autres, à la différence des fidéjusseurs qui n'en ont point. La décision de la loi 15, *de fidej.*, doit donc s'appliquer à ces cautions avec plus de raison encore qu'aux fidéjusseurs.

[2] Cf. n° 203. — M. Dumas (*Thèse*, p. 64) me semble confondre cette hypothèse avec celle de la loi 15, *de fidej.*

chis par le testament. Cette décision, tout à fait rationnelle, se trouve consacrée dans deux hypothèses :

La première est celle des loi 3, pr., D., *de trans.*, et 29, § 2, D., *de inoff. test.*, 5, 2. L'héritier institué, attaqué par un légitimaire *de inofficioso testamento*, transige avec lui. Les esclaves affranchis par le testament conservent leur liberté ; les légataires peuvent demander l'exécution de leurs legs à l'héritier institué, qui, en transigeant, a dû songer à ces charges. Il est même remarquable que cette transaction affermit ces libéralités, en rendant désormais la *querela de inofficioso testamento* impossible, de la part du légitimaire transigeant au moins. Cette règle doit être étendue à toutes transactions sur la nullité du testament.

On a quelquefois voulu introduire une restriction à cette règle et imposer la transaction aux légitimaires, « quand ils peuvent le faire sans préjudice pour eux », en ce sens qu'ils demanderaient leurs legs, proportionnellement à la part que chacune des parties transigeantes s'est attribuée[1]. Cette restriction, que j'ai déjà rejetée pour les créanciers héréditaires (n° 192), est absolument impossible à admettre ici, par la raison bien simple que les légataires n'ont aucun droit à l'égard de l'héritier légitime. Ils ne pourraient donc pas le poursuivre, alors même qu'ils le préféreraient, ce qui les différentie des créanciers (L. 14, D., *de trans.* ; — n°s 190 et suiv.). J'ai d'ailleurs expliqué que, même pour les créanciers auxquels la loi 14 est applicable, 1° elle ne leur impose rien ; 2° qu'elle est étrangère à la *querela de inofficioso testamento*. Donc les créanciers, tout comme les léga-

[1] Jaubert, *Thèse*, p. 86.

taires, peuvent poursuivre l'héritier institué seul, et cela dans notre hypothèse plus encore que dans celle d'un testament attaqué comme absolument nul [1].

209. — La deuxième hypothèse concerne la transaction intervenue entre l'héritier d'une succession insolvable et les créanciers héréditaires, dont nous avons parlé plus d'une fois (n^{os} 8 et 189). La loi 3, § 1, D., *ad leg. Falc*, 35, 2, décide avec raison que, si, grâce aux remises consenties par les créanciers, la liquidation laisse quelque chose à l'héritier, les légataires ne sauraient rien lui réclamer, car l'hérédité étant insolvable par l'hypothèse, ce que l'héritier retient ne lui revient pas de l'hérédité, mais de la transaction : les legs ne sont jamais payés qu'autant que l'hérédité est solvable (L. 1, § 17, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1).

210. — 2° En principe, la transaction conclue par un possesseur d'hérédité ne profite ni ne nuit à l'héritier véritable. C'est, du moins, ce qui résulte d'un texte de Scévola (L. 3, § 2, D., *de trans.*). « Le débiteur, dit-il, dont le créancier avait vendu le gage, a transigé pour une somme modique avec Mævius, qui se disait l'héritier légitime du créancier ; ensuite, un testament ayant été produit, il a paru que Septicius était héritier : on a demandé si, dans le cas où le débiteur intenterait l'action pignoratice contre Septicius, celui-ci pourrait user de l'excep-

[1] Noodt (*De pact. et trans.*, cap. 22 ; *Probab. jur. civ.*, lib. II, cap. 11) ne voit qu'une décison de faveur dans la loi 14. Cette conjecture, réellement injurieuse à l'adresse de Scévola, auteur de ce texte, n'est nullement nécessaire, lorsqu'on peut concilier si bien, comme j'espère l'avoir démontré, ce fragment avec la loi 3, *h. t.*, du même auteur.

tion tirée de la transaction faite avec Mævius, qui n'était point héritier alors, et s'il pourrait répéter par une *condictio*, comme reçu au nom de l'hérédité, l'argent qui a été payé par le débiteur à Mævius en qualité d'héritier ? Scévola a répondu que d'après les faits exposés, Septicius ne le pouvait pas, parce que ce n'est pas lui qui a transigé avec le débiteur et que Mævius n'a pas reçu l'argent comme gérant l'affaire de Septicius. »

211. — Voici l'hypothèse prévue par le jurisconsulte : le créancier gagiste, après avoir vendu son gage, meurt laissant un testament, par lequel il institue Septicius héritier. Or, à l'époque du jurisconsulte, le créancier n'avait probablement pas, en principe, le droit de vendre le gage (L. 73, D., *de furt.*, 47, 2). Le débiteur pouvait donc réclamer la restitution du gage, en offrant de payer la dette. Mais, ignorant l'existence d'un héritier institué, il s'adresse à Mævius qui se dit l'héritier légitime du créancier. Il transige avec lui, en lui donnant une somme modique, parce que, sans doute, le prix de la vente n'était pas suffisant pour désintéresser complètement le créancier. On découvre le testament, et le débiteur, se repentant de la transaction, intente l'action pignoratice contre l'héritier institué, Septicius. Alors deux questions se posent : 1° Septicius peut-il lui opposer l'exception de transaction? 2° Peut-il réclamer à Mævius la restitution de la somme payée par le débiteur? Scévola répond négativement aux deux questions; à la première, parce que ce n'est pas Septicius qui a transigé ; à la deuxième, parce que Mævius n'a pas voulu, en transigeant, gérer l'affaire de Septicius[1].

[1] M. Accarias (*Thèse*, p. 131) suppose arbitrairement que Mævius « ne possédait pas l'hérédité. » Outre qu'on n'a le droit de rien

212. — Ces décisions sont vraies en général. Mais il y a un cas où elles cessent d'être vraies, du moins d'après les principes admis à la fin de l'époque classique. On sait que le sénatus-consulte Juventien établit ce principe que le possesseur de bonne foi d'une hérédité ne doit pas souffrir des restitutions qu'il fera au véritable héritier [1]. Les jurisconsultes arrivèrent à en déduire cette conséquence que la vente d'un bien de l'hérédité, faite par le possesseur de bonne foi, sera opposable à l'héritier, toutes les fois que l'acheteur aura un recours contre son vendeur (L. 25, § 17, D., *de hered. petit.*, 5, 3). La raison qui explique cette solution nous la fait généraliser et nous dirons : toutes les fois que la méconnaissance d'un acte du possesseur de bonne foi d'une hérédité doit donner lieu à un recours contre lui, l'héritier véritable doit le tenir pour valable. Comme conséquence de ce principe, il faut décider, dans notre hypothèse, que la transaction de Mævius serait opposable à Septicius et par lui, si Mævius était de bonne foi, car le débiteur, qui croyait Mævius héritier, aurait un recours contre lui, si la transaction tombait, comme faite par un faux héritier (V. chap. IX).

ajouter au texte qu'en cas d'absolue nécessité, cette supposition est démentie par le texte même. En effet, que suppose le texte ? Que Mævius s'est comporté comme héritier du créancier, en transigeant sur la créance avec le débiteur. Or le possesseur d'une hérédité n'est pas seulement celui qui possède une chose corporelle appartenant à l'hérédité, mais aussi celui qui se comporte comme titulaire d'une créance de l'hérédité (L. 9, D., *de hered. petit.*, 5, 3) ; et l'éminent auteur le dira textuellement dans son remarquable *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 999.

[1] Il faut remarquer que le livre I du Digeste de Scévola, dont notre texte est tiré, fut certainement écrit après le sénatus-consulte Juventien, qui fut rendu en 129 (V. Rivier, *Introduction historique au Droit romain*, p. 332), tandis que le *proœmium* de notre texte parle des empereurs Marc-Aurèle et Vérus, dont le règne ne commença qu'en 161.

CHAPITRE VIII

DE L'ÉTENDUE DE LA TRANSACTION

213. — Pour savoir quelles sont les difficultés tranchées par une transaction, il faut rechercher quelle a été l'intention des parties transigeantes. En cas de doute, la question doit être tranchée dans le sens restrictif, car l'abandon d'un droit ne se présume jamais (L. 9, § 1, D., *de trans.*; — L. 34, D., *de reg. jur.*, 50, 17). On peut considérer comme une application de cette règle la décision de Marc-Aurèle contenue dans la loi 8, § 12, D., *h. t.*, et dont nous avons parlé au chap. III, sect. IV, § II (nº 124, *in fine*). Cet empereur décide, en effet, que la transaction portant sur des *aliments* (*alimenta*) n'est censée porter ni sur l'*habitation* (*habitatio*), ni sur le *vêtement* (*vestiarium*), bien que le mot *alimenta* puisse comprendre tout ce qui est nécessaire à l'entretien des hommes.

On a quelquefois contesté la règle que nous venons de poser, en s'appuyant sur la loi 122, § 6, D., *de verb. obl.*, 45, 1. Deux frères se sont partagé les biens laissés par leur père décédé et se sont promis de ne rien faire contre ce partage, promesse sanctionnée par une clause pénale. L'un meurt ; l'autre poursuit ses héritiers, prétendant que leur père leur a laissé son patrimoine en fidéicommis réciproque au profit du survivant. Le jugement déboute sa demande, par la raison qu'il y a eu transaction sur le fidéicommis. On se demande si la peine

est encourue. Scévola répond qu'elle est encourue. Ainsi, dit-on, Scévola interprète extensivement l'opération dont il s'agit : alors que nos deux frères ont fait seulement un partage, il y voit aussi une transaction sur le fidéicommis ! Cette objection n'est pas sérieuse : le jurisconsulte ne présume pas le moins du monde une transaction dans un partage, il constate seulement que le juge appelé à statuer sur cette question a déclaré que le partage contenait aussi transaction sur le fidéicommis. Peut-être y avait-il des circonstances de fait, qui ont fait décider ainsi. Scévola, d'ailleurs, ne l'approuve ni ne le combat, car ce n'est pas là la question qu'on lui a soumise : la seule question à laquelle il avait à répondre était celle-ci : la clause pénale est-elle encourue? Et ici, il répond avec raison qu'elle est encourue, parce qu'il a été jugé que le partage contenait transaction sur le fidéicommis.

214. — Puisque c'est l'intention des parties qui détermine l'étendue de la transaction, il faut poser en principe que la transaction n'est censée porter que sur les droits auxquels on a songé, quels que soient les termes employés dans la convention. En voici quelques applications que nous trouvons dans les textes :

1° Quand il s'agit d'une transaction spéciale, portant sur un droit déterminé, alors même qu'on aurait dit : *Nihil amplius peti*, et qu'on n'aurait pas ajouté : *eo nomine*, la transaction ne s'étendrait pas sur d'autres questions que celle qu'on a voulu terminer par cette convention (L. 31, C., *de trans.*).

Ainsi je suppose que je prétends être propriétaire d'un immeuble que vous possédez. Je transige avec vous, et je vous laisse la possession de l'immeuble, moyennant

une certaine somme que vous me payez. Plus tard, le véritable propriétaire de l'immeuble me le donne : je puis revendiquer l'immeuble contre vous.

De même, je me prétends votre créancier pour 100 comme vendeur. Je transige avec vous et je me contente de 50. Si, en outre, je suis votre créancier encore pour 100 comme prêteur, il est bien évident que je puis vous réclamer de nouveau 100.

215. — 2° La transaction sur les droits résultant d'un testament ne s'étend pas sur ceux qui résultent d'un codicille postérieurement découvert (L. 3, § 1, et L. 12, D., *de trans.*).

Le premier de ces textes parle encore d'une transaction spéciale, portant sur un fidéicommis. On découvre, après la transaction, un codicille qui confirme le fidéicommis. On demande si on peut réclamer la différence entre la somme reçue *transigendi causa* et le montant du fidéicommis, en s'appuyant, non pas sur le testament, sur lequel on a transigé, mais sur le codicille, dont on ne connaissait seulement pas l'existance. Scévola répond qu'on le pourra.

Le second texte, au contraire, vise une transaction générale sur tous les droits résultant d'un testament. Plus tard, on découvre un codicille : Celse nous dit que la transaction ne s'étend pas sur ce codicille.

On pourrait être tenté d'opposer à ces textes les lois 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1, et 19, C., *de trans.*, qui décident formellement qu'on ne peut pas résoudre une transaction, sous prétexte des pièces postérieurement trouvées et qui établissent le droit de l'une des parties : le premier de ces deux textes, du même auteur que la

loi 3, *h. t.*, prévoit précisément le cas de fidéicommis. Faudra-t-il en conclure que la découverte d'un codicille n'anéantit point la transaction et qu'on ne peut rien réclamer en vertu de ce codicille? Ce serait une erreur : les pièces dont parlent les lois 78, D., *ad SC. Treb.*, et 19, C., *h. t.*, sont des preuves écrites du droit sur lequel on a transigé, tandis que le codicille, dans les lois 3 et 12, D., *h. t.*, établit un droit nouveau, constitue un titre indépendant du testament, qui a fait l'objet de la transaction [1].

216. — 3° Quand deux droits ayant la même nature et la même origine existent contre la même personne, s'ils viennent à se réunir sur la tête d'un seul, la transaction portant sur l'un de ces deux droits ne s'étend pas sur l'autre [2].

Ce principe se dégage de deux textes (L. 9, pr., D., *de trans.*; — L. 2, C., *de his quibus ut indig.*, 6, 35). Le premier suppose deux frères ayant les mêmes tuteurs : l'un d'eux transige avec ses tuteurs sur les comptes de sa tutelle. Il hérite de son frère : il peut intenter victorieu-

[1] Pour concilier la loi 3 avec les lois 78, D., *ad SC. Treb.*, et 19., C., *h. t.*, Accurse suppose que, dans la loi 3, le fidéicommissaire aurait obtenu la *restitutio in integrum*. Mais cela n'est nullement nécessaire.

[2] M. Accarias (*Thèse*, pp. 127 et suiv.) présente ce principe comme une des applications de cette idée que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties. Cela me semble inexact : quand on parle de cette dernière idée, on suppose l'identité de l'objet ; quand l'objet n'est pas identique, la convention ne produit pas d'effet, non-seulement à l'égard des tiers, mais même entre les parties. Or, ici l'objet n'est pas le même : la tutelle de Primus n'est pas celle de Secundus ; la part de Polla dans la succession de son père n'est pas celle de son frère. Donc c'est une question relative à l'objet de la transaction et non aux personnes qui en profitent ou en souffrent.

sement contre les mêmes tuteurs l'action de tutelle de son frère.

Le deuxième texte concerne la transaction sur un testament qui dépouille une femme nommée Polla et son frère, héritiers *ab intestat* du défunt. Polla transige avec l'héritier institué sur le testament qu'elle attaquait comme faux. Elle meurt laissant son frère comme héritier : celui-ci peut attaquer le même testament pour sa part, bien qu'il ne le puisse pas pour la part de sa sœur, à qui il a succédé.

217. — 4° La loi 29, C., *h. t.*, parlant d'une transaction générale, nous dit que, si l'on trouve après la transaction certains objets dont on ne connaissait pas l'existence, on ne peut pas, sous ce prétexte, demander la rescision de la transaction, mais que les objets qui se trouvaient en mains tierces au moment de la transaction et auxquels on n'a point songé, ne sont pas censés compris dans la convention.

218. — 5° L'héritier légitime qui a transigé sur les causes de nullité du testament, autres que la *querela de inofficioso testamento*, peut encore attaquer le testament pour cause d'inofficiosité (L. 9, § 3, D., *de trans.*).

Il faut remarquer que le texte ne suppose pas que notre héritier ait transigé « *de la manière la plus générale avec l'institué,* » comme le dit M. Accarias [1], mais qu'il ait transigé sur les autres causes que l'inofficiosité (*de aliis causis cum adversariis pacto transegit*). En effet, si l'héritier légitime avait eu déjà des doutes sur

[1] *Thèse*, p. 142.

l'inofficiosité du testament et qu'il eût transigé « *de la manière la plus générale avec l'institué*, » on pourrait dire qu'il ait transigé même sur la *querela de inofficioso testamento*. Du reste, en cas de doute, il faut toujours revenir au principe fondamental que l'abandon d'un droit s'interprète restrictivement.

219. — 6° Enfin les lois 5, D., et 3, C., *h. t.*, nous disent avec raison que même la stipulation Aquilienne ne s'étend qu'aux droits prévus par les parties. On pourrait, en effet, être tenté de dire que la formule de la stipulation Aquilienne étant des plus compréhensives, si l'on n'a pas soin de la restreindre formellement à certains droits, elle embrassera nécessairement tous les droits ou prétentions qu'on a ou qu'on aura contre son adversaire. Mais il n'en est rien : les droits auxquels on n'a pas songé en transigeant échappent toujours à l'extinction collective résultant de la stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation. Le premier des deux textes que nous avons cités est bon à reproduire ici : « Lorsqu'il intervient, nous dit Papinien, une stipulation Aquilienne, qui procède du consentement, les litiges auxquels on n'a pas songé demeurent en état. Car l'interprétation des prudents a brisé une libéralité captieuse. » En effet, si, sous le prétexte de la généralité de la formule de la stipulation Aquilienne, on y faisait entrer même les litiges auxquels les parties n'ont point songé, ce serait surprendre une libéralité que l'une des parties ne voulait pas du tout faire à l'autre, car les conditions de la transaction ayant été arrêtées en vue des autres droits et prétentions seulement, ceux auxquels on n'a pas songé

se trouveraient donnés gratuitement sans le consentement du donateur[1].

[1] Comme nous l'avons fait entrevoir précédemment (n° 38, 2e note), il se peut que ce texte ne concerne pas la stipulation Aquilienne intervenue *transigendi causa*, mais *donandi animo* : il s'expliquera ainsi aussi bien qu'en le supposant relatif à la transaction. Mais l'idée que nous soutenons au texte restera vraie, même sans l'appui de la loi 5.

CHAPITRE IX

DE LA NULLITÉ, DE LA RESCISION ET DE LA RÉSOLUTION DE LA TRANSACTION

SECTION I

DE LA NULLITÉ DE LA TRANSACTION

220. — La transaction, comme un autre acte quelconque, peut être *nulle*, c'est-à-dire qu'elle ne produit pas d'effet d'après les principes du droit. Telles sont celles qui manquent d'une des conditions essentielles, qui portent sur un objet prohibé par la loi, ou qui ont été conclues par un incapable. Dans tous ces cas, la nullité n'a pas besoin d'être prononcée : elle résulte de la loi [1].

[1] V. Appleton, *Résumé du Cours de Droit romain*, II, pp. 32, 37 et suiv. ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit. II, pp. 216 et suiv., 235 et suiv. ; Ortolan, *Explication historique des Instituts*, 11e édit., III, pp. 193 et suiv. ; Maynz, *Cours de Droit romain*, 4e édit., I, p. 466, II, pp. 126, 127, 152 et suiv.

Nous avons suivi l'exemple de beaucoup d'auteurs, en nous servant des expressions *nullité* et *rescision*, qui ne sont probablement pas romaines. Mais, pour commodité de langage, nous employons ces expressions, et la distinction entre les deux cas nous semble nécessaire pour la clarté des règles relatives à cette matière. Sans doute, les intérêts pratiques de cette distinction ne se présentaient pas toujours comme on le croirait au premier abord. Ainsi, par exemple, bien qu'une transaction sur chose jugée soit nulle en droit, si elle a lieu par acceptilation, cette acceptilation n'en restera pas moins valable, et pour obtenir le montant de la condamnation, il faudra recourir à une *condictio sine causa*, comme nous le verrons bientôt Mais, au fond, notre distinction existe et elle a souvent des intérêts pratiques très-importants. D'abord, quand il manque un des éléments essentiels d'une convention, comme le consentement ou l'objet, quelle

Les transactions qui manquent d'une des conditions essentielles ne donnent même pas naissance à des obligations naturelles. Celles qui portent sur un objet prohibé par la loi ne produisent pas non plus d'obligations naturelles, quand cette prohibition est d'ordre public, comme celle relative à la transaction portant sur des crimes ; elles donnent naissance, en général, à des obligations naturelles, lorsque la prohibition n'a pas pour motif l'ordre public, par exemple lorsqu'elle a pour but de protéger certaines personnes, comme dans la transaction sur aliments [1]. Quant aux incapables, ils sont toujours tenus d'obligations naturelles. Nous renvoyons pour les détails à ce que nous avons dit aux chapitres I, III et IV.

221. — Avant de parler des conséquences de la nullité, nous avons à faire une observation, qui s'applique aussi à la rescision. C'est que la transaction étant nécessairement une convention synallagmatique (V. n^{os} 22 et suiv.), est aussi nécessairement complexe, et il arrive souvent qu'une partie seulement de cette convention est nulle, le reste demeurant valable; il arrive aussi que, bien que la transaction tout entière soit nulle, il y a des

que soit la forme qu'elle revêt, elle est radicalement nulle. Ainsi, une stipulation ou une acceptilation émanant d'un fou est entièrement inexistante. De même, les actes d'un incapable tombent complètement, quand il demande la nullité ; par exemple, l'acceptilation faite par un pupille *sine auctoritate tutoris* ne produit pas d'effet, dès qu'il en réclame la nullité. Mais les intérêts de notre distinction se présentent même en dehors de ces cas, quoiqu'ils soient moins importants. Ainsi un pacte de transaction émanant d'un fou, d'un incapable, ou portant sur un objet prohibé, ne donne pas lieu à l'exception d'une transaction, ou si le magistrat l'accorde, le juge dira qu'elle fait défaut en fait et il n'aura pas besoin d'une réplique pour l'écarter.

[1] V. Massol, *De l'Obligation naturelle*, 2^{e} édit., pp. 24 et suiv.

actes consommés irrévocablement, qui ne peuvent être anéantis. Cela est généralement contraire à l'équité, et on a imaginé différents moyens pour y remédier. Nous en avons déjà parlé à plusieurs reprises (V. nos 126, 127, 134 et suiv.). Nous nous bornerons donc ici à indiquer sommairement comment les choses vont se passer pratiquement, en prenant pour exemple une transaction sur chose jugée.

222. — La chose jugée peut être ou bien en faveur du demandeur, ou bien en faveur du défendeur, c'est-à-dire qu'elle peut résulter ou d'un jugement de condamnation, ou d'un jugement d'absolution. Dans le dernier cas, si le défendeur a déjà exécuté la transaction ou fait une promesse, il peut intenter la *condictio sine causa* pour obtenir la restitution ou la libération (L. 3, D., *de cond. sine causa*, 12, 7). S'il n'a encore rien donné ni rien promis, le demandeur ne pourra ni reprendre son ancienne action, qui a été éteinte par la *litis contestatio*, ni intenter aucune autre action, car, alors même qu'il aurait faite une acceptilation, cette acceptilation étant nulle faute de dette, n'aurait point engendré l'action *præscriptis verbis* en faveur du prétendu créancier.

223. — Si nous supposons un jugement de condamnation, il faut nous demander si le demandeur s'est contenté d'un pacte *de non petendo* ou a fait une stipulation novatoire suivie d'acceptilation [1]. Dans le premier cas,

[1] Pour éteindre *ipso jure* l'obligation résultant d'une condamnation, il faut nécessairement commencer par la nover. En effet, l'ancien droit, sur le fondement duquel la condamnation a été prononcée, avait été éteint par la *litis contestatio*, qui avait donné naissance au droit

il intentera l'action *judicati*, et le défendeur ne pourra obtenir contre lui l'exception de pacte, ou s'il l'a obtenue, le juge dira qu'elle n'est pas fondée, parce que le pacte est entièrement nul.

S'il est intervenu une stipulation suivie d'acceptilation, l'action *judicati* est éteinte *ipso jure* et ne peut être reprise. C'est ce qui résulte de la loi 32, C., *h. t.* : « C'est un point non douteux qu'on transige inutilement sur la chose jugée : donc, si tu n'as pas éteint l'action qui te complète, par stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation, le président de la province veillera, conformément aux lois, à l'exécution du jugement. » Vinnius et Voët supposent qu'il s'agit là d'une stipulation Aquilienne intervenue gratuitement, parce que, disent-ils, celle qui serait intervenue *transigendi causa* étant complètement nulle, n'aurait pu éteindre l'action *judicati*. Mais il saute aux yeux que le texte ne parle que de la transaction et ce serait ajouter au texte que de supposer que la stipulation Aquilienne dont il est question serait gratuite. L'erreur

à la condamnation. Ce dernier droit a lui-même subi une transformation au moment de la condamnation, qui a engendré une nouvelle obligation. Donc, alors même que le droit primitif résultait d'une stipulation, l'acceptilation sans stipulation novatoire ne saurait éteindre *ipso jure* le droit résultant de la condamnation. Mais il faudrait se garder de dire, comme semble le supposer M. Accarias (*Thèse*, p. 91), qu'on doit toujours recourir à la stipulation Aquilienne. On peut, en effet, nover toute obligation sans recourir à la stipulation Aquilienne. Or, la condamnation n'engendre jamais qu'une obligation. Sans doute, comme, par hypothèse, le créancier ignore l'existence de la condamnation (n° 18), il ne stipulera pas le montant de la condamnation. Mais il peut très-bien stipuler ce qui lui est dû à l'occasion de telle ou telle affaire, par exemple à l'occasion d'une tutelle, d'une société. Maintenant la formule de la stipulation Aquilienne étant extrêmement commode, parce qu'elle embrassait toutes sortes de droits, peut-être s'en servait-on même quand elle n'était pas nécessaire : ce qui expliquerait pourquoi la loi 32, citée au texte, ne parle que de la stipulation Aquilienne.

de ces jurisconsultes provient de ce qu'ils pensent à tort que la stipulation Aquilienne intervenue en exécution d'une transaction nulle doit être nécessairement nulle. La stipulation Aquilienne, au contraire, a sa *causa* en elle-même et la transaction n'en est qu'un motif.

Donc la stipulation a définitivement éteint l'action *judicati* ; mais alors, quel est le remède dont on pourra se servir pour annuler pratiquement la transaction ? Cujas donne l'action *de dolo* ; mais cela me semble inadmissible. D'abord, l'action *de dolo* suppose nécessairement un dol commis par le défendeur ; donc elle n'est pas possible quand il n'y a aucun dol commis. Bien plus, l'action *de dolo* étant une action subsidiaire (L. 1, § 1, D., *de dolo malo*, 4, 3), s'il est démontré qu'il y a une autre action au profit du demandeur, il n'aura pas l'action *de dolo*. Or je prétends qu'il a une autre action : la *condictio sine causa*, au moyen de laquelle il demandera le payement immédiat de la condamnation, ou tout au moins la promesse en due forme de la payer ultérieurement.

Si le défendeur a déjà exécuté la transaction, ce qu'il a payé s'imputera sur la condamnation. S'il a par hasard exécuté et le jugement et la transaction, il aura la *condictio sine causa* pour répéter ce qu'il a payé *transigendi causa* (L. 7, § 1, D., *de trans.* ; — L. 23, § 1, D., *de condict. ind.*, 12, 6).

SECTION II

DE LA RESCISION DE LA TRANSACTION

224. — A la différence des actes nuls, les actes que nous appelons *rescindables* sont parfaitement valables

d'après les principes du droit, mais, par raison d'équité ou d'utilité publique, on permet au magistrat ou au juge de les rescinder. Donc, tandis que la nullité n'a pas besoin d'être prononcée, la rescision ne résulte que d'un décret ou d'une sentence [1].

225. — Écartons tout d'abord une cause de rescision qui ne s'applique pas à la transaction : je veux parler de la lésion [2]. La lésion toute seule n'a jamais été une cause

[1] V. pour l'erreur : Appleton, *Op. cit.*, II, pp. 32 et 33 ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, pp. 224 et 225 ; Ortolan, *Op. cit.*, III, p. 221, *in fine* ; Maynz, *Op. cit.*, II, pp. 159 et suiv. ; — Pour le dol : Appleton, II, pp. 33 et suiv. ; Accarias, II, pp 223 et 224. ; Ortolan, III, p. 222 ; Maynz, II, pp. 161 et suiv. ; — Pour la violence : Appleton, II, pp. 35 et suiv. ; Accarias, II, pp. 223 et 224 ; Ortolan, III, p. 222 ; Maynz, II, pp. 168 et suiv. ; — Pour la minorité : Appleton, I, pp. 63 et suiv. ; Accarias, I, pp. 405 et suiv. ; Ortolan, II, pp. 193 et suiv. ; Maynz, I, pp. 609 et suiv. — V. en outre n° 220, 1re note.

Il ne faudrait pas dire, avec Doneau (*Ad leg.* 19, C., *de trans.*) et Vinnius (*De trans.*, cap. VIII), que ce résultat tiendrait au caractère de la transaction, qui serait un contrat de droit strict. Ce serait une grosse erreur : nous avons vu que la transaction par elle-même n'est pas un contrat, qu'elle peut revêtir la forme d'un contrat, mais qu'alors, elle n'est pas le plus souvent un contrat de droit strict, car elle revêt le plus généralement la forme d'un contrat innommé, qui est toujours, à notre sentiment, un contrat de bonne foi (L. 1, pr , *in fine*, D , *de æstimat.*, 19, 3 ; — L., 4, 6, § 28), et qu'elle n'est un contrat de droit strict que quand elle se forme par stipulation. Mais il ne faudrait pas non plus tomber, avec M. Accarias (*Thèse*, p. 145), dans l'autre exagération, et dire que « la transaction rentre dans la catégorie des contrats innommés, lesquels sont tous de bonne foi. » Nous nous empressons d'ajouter que le même auteur admet comme nous que la transaction peut aussi se former par stipulation, quand il traite des formes de la transaction (*Thèse*, pp. 28, 37, 38, 43 et suiv.). V. chap. II.

[2] On représente quelquefois la lésion comme étant toujours le résultat d'une erreur (Accarias, *Thèse*, p. 146 ; Jaubert, *Thèse*, p. 98). C'est une exagération. Sans doute, la lésion peut être le résultat d'une erreur, mais elle ne la suppose pas nécessairement, et la rescision de la vente pour cause de lésion semble avoir été précisément inventée en vue d'une lésion ne résultant d'aucune erreur, car elle a pour but

de rescision pour les majeurs jusqu'aux empereurs Dioclétien et Maximien. Ces empereurs introduisirent la rescision de la vente pour cause de lésion d'outre-moitié (LL. 2 et 8, C., *de rescind. vend.*, 4, 44). Cette décision, très critiquable, qui est, en tous cas, de droit exceptionnel, doit être interprété restrictivement et ne doit jamais être étendue par analogie. Ainsi je n'admettrais pas avec certains auteurs qu'elle serait appliquable à des contrats qui présentent plus ou moins d'analogie avec la vente. A plus forte raison, ne saurais-je l'admettre en matière de transaction, convention absolument aléatoire. Cela résulte d'ailleurs de la loi 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1, où Scévola déclare inattaquable une transaction qui cause une lésion de trois quarts. Cela résulte aussi de la loi 65,* § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6, où Paul considère comme inattaquable une transaction sur un litige qui n'existait que dans l'imagination des parties, transaction qui, par conséquent, cause une lésion pour le tout à celui qui a payé ou promis quelque chose. Cela résulte enfin de tous les textes qui assimilent notre convention à la chose jugée et au serment (L. 2, D., *de jurej.*, 12, 2 ; — L. 230, D., *de verb. sign.*, 50, 16 ; — L. 20, C., *de trans.*). Tous ces textes, sauf le dernier, qui est de Dioclétien et Maximien mêmes, sont sans doute antérieurs à ces empereurs, qui introduisirent la rescision pour cause de lésion. Mais il faut croire, jusqu'à la preuve du contraire, que Justinien ou plutôt ses compila-

de protéger le vendeur qui sait bien que sa chose vaut beaucoup plus, mais qui est obligé de la vendre à vil prix, parce qu'il a un besoin pressant d'argent (Appleton, *Op. cit.*, II, p. 63 ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit. II, p. 454, *in fine* ; Ortolan, *Op. cit.*, III, p. 289).

teurs n'auraient pas inséré ces textes, si ceux-ci avaient été contraires au droit de leur temps.

226. — La question ne se serait même jamais posée, n'était un texte des mêmes empereurs Dioclétien et Maximien, qui semblent au premier abord donner la décision contraire à celle que je viens de soutenir (L. 5, C., *de dolo malo*, 2, 21). Ce texte suppose une fille émancipée et héritière de sa mère. Elle a pour tuteur son père, qui est son patron. Elle transige de bonne foi avec lui. Les auteurs du rescrit lui disent que, si elle a libéré son père par une novation suivie d'acceptilation et qu'elle éprouve une lésion considérable, elle peut intenter, non pas l'action de dol à cause des égards qu'elle doit à son père, mais une action *in factum*. D'où l'on pourrait être tenté de conclure que la lésion dans une transaction peut donner lieu à une rescision, et que cette rescision peut être demandée en intentant l'ancienne action, si cette action subsiste encore, l'action de dol dans le cas contraire, et l'action *in factum*, quand l'action de dol est impossible.

227. — Cette conclusion me semble tout à fait inadmissible. D'abord, pour pouvoir intenter l'action de dol, on doit établir un dol : la lésion toute seule ne constitue pas un dol. Puis, quand on permet de demander la rescision d'un acte pour cause de lésion, on détermine au moins le montant du préjudice nécessaire pour la demander, comme en matière de vente, où ce taux est de plus de la moitié. Ici on parle simplement d'une lésion considérable (*Si læsa es immodice*). Tout cela me fait croire que la conclusion qu'on tire de notre texte est fausse.

Faudrait-il alors admettre avec M. Accarias [1] que le père a pratiqué un dol, mais que l'action *in factum* « ne sera possible qu'autant que le dol aura causé à l'enfant un dommage de certaine gravité, et qu'on fermera les yeux sur un dol inoffensif [2] ou médiocrement préjudiciable ? » Je ne saurais admettre une pareille théorie qu'autant que j'aurais un texte autrement formel que notre loi 5.

Pour ma part, voici comment je propose d'expliquer ce texte, explication qui, à défaut d'autre mérite, a au moins celui de ne rien ajouter au texte. Dans le cas où le débiteur est un père et où la transaction cause à l'enfant un préjudice considérable, les empereurs Dioclétien et Maximien présument que le père a abusé de son ascendant et de la confiance de son enfant, pour se faire libérer à des conditions très avantageuses pour lui, et qu'il y a ainsi un véritable dol.

228. — Nous avons donc quatre causes de rescision de la transaction : 1° l'erreur ; 2° le dol ; 3° la violence, et 4° la minorité de vingt-cinq ans. Mais, pour cette dernière cause de rescision, nous en avons déjà parlé en traitant de la capacité. Nous ne nous occuperons donc ici que des trois autres causes.

§ I. — DE L'ERREUR

229. — L'erreur sur le point litigieux qui a fait l'ob-

[1] Thèse, p. 148.

[2] Il est bon de remarquer qu'un dol réellement *inoffensif* ne donne jamais lieu à l'action *de dolo,* car point d'intérêt, point d'action. C'est ce que nous apprendra aussi l'auteur que je combats dans son célèbre *Précis de Droit romain*, 3e édit, II, p. 1061.

jet de la transaction n'est jamais une cause de nullité ni de rescision. En effet, cette erreur était bien prévue au moment de la transaction, car, lorsque deux personnes émettent de bonne foi [1] des prétentions contraires, elles savent bien que l'une d'elles au moins se trompe, et quoique, d'habitude, chacun ait confiance dans le bien-fondé de sa prétention, il a au moins des doutes sur l'issue du procès. En effet, la question une fois portée en justice, on n'est jamais sûr de son gain. La transaction a eu justement pour but de mettre fin à cette incertitude, moyennant l'abandon des prétentions respectives, qui font place à des droits moindres, mais sûrs. Dès lors, comment veut-on rescinder cette transaction sous prétexte d'une erreur, c'est-à-dire de la découverte qu'on viendrait à faire après, des preuves du bien-fondé de sa prétention, que la transaction avait précisément pour but d'enterrer [2] ?

230. — Nous allons passer en revue les textes qui appliquent notre principe :

[1] Quand l'une des parties est de mauvaise foi, elle sait bien qu'elle n'a aucun droit et il ne peut y avoir question d'erreur de sa part. Mais nous avons vu qu'il n'y a pas alors transaction et qu'il y a même lieu à l'action *de calumnia* (n° 4).

[2] On prétend quelquefois que, dans ce cas, « il n'y a pas à proprement parler d'erreur (Jaubert, Thèse, p. 96). » Cela n'est pas exact. En effet, quand on a transigé croyant son droit douteux et qu'on trouve après des preuves certaines de son droit, ou quand le droit de son adversaire paraissait, sinon incontestable, du moins assez probable, ce qui a fait conclure la transaction, et qu'on acquiert la certitude de l'inexistence de ce droit, ou encore quand on a transigé sur une hérédité qui ne semblait contenir qu'une valeur de 100 et qu'on découvre ensuite qu'elle valait 200, est-ce qu'on peut dire qu'il n'y a pas d'erreur ? Seulement ce sont des erreurs qu'on prévoyait ou qu'on devait prévoir : voilà pourquoi elles ne donnent pas ouverture à l'action en rescision.

1° La répétition de l'indu n'est pas possible après la transaction (L. 65, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6; — L. 23, C., *de trans.*; — L. 6, C., *de juris et facti ignor.*, 1, 18; — LL. 2 et 11, C., *de cond. ind.*, 4, 5) [1].

2° Les écrits trouvés après la transaction et qui attesteraient soit que la prétention de l'une des parties transigeantes était complètement fondée, soit que l'avantage auquel elle avait droit était bien plus considérable que

[1] M. Molitor cite la loi 2, C., *h. t.*, comme un texte exprimant la même idée que ceux que je signale ici, ce qu'on peut soutenir à la rigueur (*Op. cit.*, II, p. 508). Mais ils ne me semblent rapporter fidèlement ni l'hypothèse prévue ni la décision contenue dans ce texte. « Supposons, dit-il, que dans le *doute*, une personne transige et *paye* à ce titre une somme que par la suite elle a trouvé ne pas devoir. *L'héritier légitime a transigé avec l'héritier testamentaire sur la validité du testament. Il offre de prouver ensuite que le testament est nul, révoqué,* qu'il ne devait pas ce qu'il a payé : d'après la loi 2, la transaction est valable, l'*erreur* tombant sur le point considéré comme *douteux*. » Or voici la traduction la plus fidèle du texte : « Puisque tu déclares avoir transigé avec ta sœur sur une hérédité et par suite avoir reconnu que tu lui devais une somme déterminée (et promis par stipulation de la payer), bien qu'il n'y eût eu aucune question d'hérédité, la transaction étant néanmoins intervenue par la crainte d'un procès, l'argent est considéré comme régulièrement promis, etc. » Ainsi le texte ne me semble supposer aucune erreur : il me semble dire en substance que, quand même il n'y aurait aucune raison de douter, la transaction intervenue pour éviter un procès qui allait s'engager n'en est pas moins valable. M. Molitor me semble donc supposer gratuitement un *doute* et une *erreur* que le texte ne suppose pas. Puis il suppose qu'on a *payé* une somme alors qu'on l'a seulement promise. Enfin, « *l'héritier légitime a transigé avec l'héritier testamentaire,* etc., » n'est qu'une pure invention de sa part, invention qui ne me semble même pas s'accorder avec l'idée exprimée dans le texte. Voici, selon moi, l'hypothèse la plus vraisemblable prévue dans la loi 2 : Luctatius, qui consulte l'empereur Caracalla, est un héritier testamentaire; sa sœur, qui, si le testament n'eût pas existé, aurait été sa cohéritière ab instestat, conteste la validité du testament ; Luctatius sait pertinemment que le testament est valable, mais, pour éviter un procès avec sa sœur, il lui promet de payer une somme déterminée. Il demande à l'empereur si sa promesse faite *transigendi animo* est valable, et l'empereur lui répond affirmativement.

celui qu'elle tire de la transaction, ne permettent pas de rescinder cette transaction (L. 78, § 16, D., *ad SC. Treb.*, 36, 1 ; — L. 19, C., *de trans.*).

3° Enfin on ne peut pas non plus faire rescinder une transaction générale sous le prétexte de n'avoir pas songé à une partie des droits ou des objets qui formaient certainement l'universalité sur laquelle on a transigé, que l'existence de ces droits ou de ces objets fût ou non connue d'une manière précise au moment de la transaction (L. 12, D., *de trans.* ; — L. 29, C., *de trans.*) [1].

231. — Supposons maintenant que l'erreur porte sur un point que les parties considéraient comme certain et qui les a déterminées à transiger. Elle donne lieu à rescision, ce qui résulte des textes suivants :

1° L. 42, C., *h. t.* Une transaction est intervenue sur la foi de pièces fausses : elle est rescindable. Mais, pour cela, il faut trois conditions : 1° Il faut que le faux soit légalement prouvé, qu'il soit reconnu par jugement civil ou criminel ou par la partie qui a produit les pièces ; 2° il faut que les parties ignorassent le faux ; si elles avaient des doutes sur la sincérité des pièces et qu'elles aient justement transigé sur ce point, la transaction sera inattaquable ; 3° il faut enfin que ce soient ces pièces

[1] On peut encore considérer comme une application de l'idée que j'ai exposée, la loi unique, C., *de errore calc.*, 2, 5, où il est dit que l'erreur de calcul doit être rectifiée, à moins qu'on ait transigé sur ce point. Ainsi l'erreur de calcul, glissée par mégarde même dans une transaction, doit être rectifiée ; mais, si la transaction portait précisément sur cette erreur, ou tout au moins si, en transigeant, on voulait se défendre de soulever de nouveau des difficultés, même pour l'erreur de calcul, la transaction restera inattaquable. Par exemple, quand la transaction porte sur un compte compliqué, il peut arriver que les parties conviennent de ne point soulever de difficultés, même pour l'erreur de calcul.

fausses qui aient déterminé les parties à transiger, sans quoi nous retomberions dans le cas précédent, où l'erreur ne donne pas lieu à rescision. Le texte ajoute que, quand la transaction contient plusieurs clauses plus ou moins indépendantes les unes des autres, celles-là seules seront rescindées qui ont été déterminées par les pièces fausses [1].

232. — 2° L. 36, *in fine*, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. Vous êtes héritier institué pour le tout ; vous croyez par erreur que Titius est votre cohéritier et vous partagez l'hérédité avec lui. Vous découvrez plus tard que vous vous êtes trompé : pourrez-vous répéter ce que vous avez donné à Titius? Paul répond que si le partage a eu lieu en justice, vous ne le pouvez pas, mais que, si le partage était amiable, vous pouvez répéter, à moins que vous n'ayez transigé sur le point de savoir si Titius était votre cohéritier. Voilà, du moins, comment je comprends le texte de Paul. En voici l'explication : si les copartageants tenaient pour certain qu'ils étaient cohéritiers, comme l'erreur porte sur un point déterminant, car, s'ils n'étaient pas cohéritiers, il ne pouvait être question de partage, le partage amiable est rescindable ; mais, si ce point était douteux et que les parties aient voulu en transiger, la transaction est inattaquable. Comme on le voit, le texte ne suppose pas une transaction intervenue entre deux

[1] Cette rescision partielle est le plus souvent contraire à la nature de la transaction, et il est généralement fort difficile d'affirmer que telle clause d'une transaction est absolument indépendante du reste. Les rédacteurs du Code avaient donc raison de rescinder entièrement une transaction fondée sur pièces fausses. Nous nous demanderons d'ailleurs, dans notre partie française, s'il ne vaudrait pas mieux supprimer complètement cette cause de rescision.

personnes qui se croient cohéritiers, mais un partage amiable, et il décide accidentellement que, si une transaction est intervenue sur la question de savoir si une des parties est cohéritier de l'autre, elle sera inattaquable. Cependant la même raison conduit à la même solution, en supposant une transaction au lieu d'un partage, d'autant plus qu'on peut soutenir que le partage cache une transaction, comme nous l'avons vu au commencement de cet ouvrage (n° 1, 2e note).

233. — L'auteur de la thèse remarquable que j'ai tant de fois citée, me semble complètement dans l'erreur, lorsqu'il prétend que Paul, dans ce texte, met en relief la différence entre le partage et la transaction, que, si le jurisconsulte déclare la convention rescindable, c'est qu'elle est un partage, et que, s'il était une transaction, elle serait inattaquable [1]. En effet, le jurisconsulte ne me semble pas du tout mettre en relief la différence entre le partage et la transaction, mais entre le cas où aucun doute n'existait chez les parties sur leur qualité de cohéritiers, et celui où une transaction est venue trancher ce point, qui leur semblait douteux au moment de la convention : *Plane si sine judice diviserint res*, nous dit-il, *etiam condictionem earum rerum, quæ ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest :* NON ENIM TRANSACTUM INTER EOS INTELLIGITUR, CUM ILLE COHEREDEM ESSE PUTAVERIT. Donc, si les parties n'avaient aucun doute sur leur qualité de cohéritiers au moment de leur convention, que cette convention soit un partage ou une transaction, elle est rescindable. D'ail-

[1] Accarias, p. 2, note 1.

leurs, si dans l'hypothèse précédente (transaction sur pièces fausses), la transaction est rescindable, parceque l'erreur porte sur un point déterminant, pourquoi ne le serait-elle pas dans notre hypothèse, parce que, ici encore, l'erreur porte sur un point déterminant?

234. — On cite aussi la loi 3, § 2, D., *de trans.*, comme donnant la même solution que les deux textes précédents [1]. Mais, ce texte, dont je me suis occupé longuement plus haut (nos 210 et suiv.), ne tranche pas du tout notre question, il concerne la question de savoir par qui la transaction peut être opposée: il nous dit, en substance, que la transaction conclue par un possesseur d'hérédité ne peut être, en principe, opposé par le véritable héritier; il ne nous dit point si la transaction subsistera ou sera rescindée dans les rapports entre le possesseur d'hérédité et sa contre-partie, qui est dans l'hypothèse un débiteur héréditaire.

Seulement, par application de la règle qui se dégage, à mes yeux, des deux textes précédents, je n'hésite pas à dire que notre transaction est rescindable, car c'est uniquement sur la croyance que son cotransigeant est l'héritier de son créancier, que notre débiteur a transigé. Le futur inspecteur général des Facultés de droit le conteste dans sa thèse [2]: il prétend que la transaction ne tomberait qu'autant qu'il y avait *calumnia* de la part du possesseur d'hérédité, en s'appuyant sur la loi 65, § 1, D., *de cond. ind.* Mais j'espère avoir réfuté d'avance cette opinion, attendu que la loi 65 ne vise qu'une

[1] Maynz, *op. cit.*, II, p. 156, note 11, et p. 582, note 10; Molitor, *op. cit.*, II, p. 508; Dumas, *Thèse*, p. 79.

[2] P. 131, note 2.

erreur sur le point contesté, et non sur le point que les parties considéraient comme certain, seul cas auquel la transaction est rescindable en vertu de la loi 42, C., *h. t.*, et de la loi 36, D., *fam. ercisc.*

235. — M. Molitor a voulu rattacher à notre règle l'impossibilité de transiger sur chose jugée ; écoutons-le un instant :

« Nous avons vu plus haut, dit-il, que la transaction dans une cause souverainement décidée par un jugement à l'insu des parties, est nulle ; que cependant la transaction est valable lorsque les parties qui ont transigé ont douté de l'existence ou de la validité de cette décision même. Pourquoi la transaction est-elle nulle au premier cas, lorsque les parties ont ignoré l'existence du jugement ? Parce que, ayant ignoré le jugement, elles ont considéré comme certain ce point : que le litige n'était pas encore décidé, et que certainement elles n'auraient pas transigé si elles avaient eu connaissance du contraire.

« Au second cas, lorsque les parties ont eu des doutes sur l'existence du jugement, la transaction est valable, quel que soit l'événement. Ainsi, supposez que le jugement soit découvert après la transaction, celle-ci reste valable, la partie qui aura transigé sur ce point, ne pourra se prévaloir de la découverte pour faire annuler la transaction, qui a une cause suffisante dans le doute et l'incertitude des parties [1] ».

236. — Cette doctrine n'a rien d'irrationnel, mais je doute fort qu'elle fût celle des Romains. Ils disent que

[1] *Op. cit.*, II, p. 507.

la transaction sur chose jugée est radicalement nulle : *nullius esse momenti*, dit Ulpien (L. 23, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6) ; *super judicato frustra transigi*, disent les empereurs Dioclétien et Maximien (L. 32, C., *de trans.*). Ils l'expliquent de la manière suivante : la transaction suppose nécessairement une incertitude ; or, quand il y a un jugement passé en force de chose jugée, cette incertitude manque et la transaction fait défaut. Sans doute, il suffit en principe que cette incertitude existe dans l'esprit des parties ; mais ici, les Romains ont cru devoir annuler la transaction, probablement par respect de la chose jugée [1]. Au contraire, dans le cas où il y a erreur sur un point déterminant, tous les éléments essentiels se trouvent réunis à mes yeux : je vais démontrer dans un instant que les parties ont réellement consenti malgré leur erreur ; il y a un point douteux, par hypothèse, qu'on a voulu trancher par une transaction ; il faut supposer aussi qu'il y a des concessions réciproques. Ainsi on ne peut pas dire qu'il n'y a pas transaction. Seulement cette transaction est entachée d'un vice qui, tout comme le dol et la violence, rend le consentement imparfait, sans cependant le détruire, et qui, par conséquent, permet la rescision de la transaction. Il est vrai que M. Molitor, avec bien d'autres, soutient que l'erreur qui nous occupe en ce moment exclut complètement le consentement, ce que nous verrons bientôt.

237. — On voit aussi quelquefois dans la loi 3, C., *h. t.*, une application de notre règle, à savoir que l'erreur sur un point déterminant que les parties, en transigeant,

[1] Nous verrons dans notre troisième partie si les rédacteurs du Code civil ont adopté cette doctrine.

considéraient comme certain, donne lieu à la rescision[1]. Voici l'hypothèse : vous avez transigé avec votre curateur sur les comptes de curatelle et vous avez éteint votre action au moyen de la stipulation Aquilienne. Mais, au moment de cette transaction, vous croyiez qu'il ne vous était dû que 200 ; votre curateur le contestait et prétendait qu'il ne vous devait que 100 : la transaction vous a donné droit à 150[2]. Plus tard, vous découvrez qu'il vous était dû 300. Dans ce cas, dit l'empereur Alexandre Sévère, vous pouvez réclamer encore 100 à votre curateur, votre action n'étant pas considérée comme déduite dans la stipulation Aquilienne pour ces 100, auxquels vous n'avez pas songé en transigeant. Alors on dit qu'il y a erreur sur un point déterminant que vous considériez comme certain, à savoir que votre créance ne s'élevait pas au delà de 200.

Cette opinion, sans être insoutenable, s'accorde mal cependant avec la solution qu'on donne. Si c'était là une erreur du genre de celles qui sont prévues par les lois 42, C., *de trans.*, et 36, D., *fam. ercisc.*, elle devrait donner lieu à rescision. Or, ici, on ne rescinde pas du tout la transaction : on se contente de dire que les 100 auxquels vous n'avez pas songé resteront en dehors de la transaction et ne seront pas réputés éteints par la stipulation Aquilienne. Voilà pourquoi j'ai considéré notre

[1] Jaubert, *Thèse*, p. 96.

[2] M. Jaubert suppose qu'aucune incertitude n'existait sur le montant de la somme due par le curateur, mais que les parties étaient en désaccord, par exemple, sur le montant des impenses dues au curateur. Cette supposition ne me semble pas vraisemblable, car le rescrit parle du reliquat (*Quantam pecuniam reliquam ex administratione cura deberi probatum fuerit*), ce qui fait supposer que les impenses étaient déjà déduites, ou tout au moins, qu'elles faisaient un élément des comptes sur lesquels on a transigé.

texte comme une application de cette règle que la transaction se restreint aux objets auxquels on a songé, et non comme celle de la règle dont je m'occupe maintenant (n° 219).

238. — J'ai toujours supposé que l'erreur sur un point déterminant et que les parties considéraient comme certain, donne lieu à rescision, c'est-à-dire qu'elle n'annule pas de plein droit la transaction. Tel n'est pas l'avis général : on admet généralement que cette erreur exclut le consentement et rend la transaction inexistante [1]. Pour ma part, il m'est impossible de l'admettre, d'abord parce que la loi 42, C., *h. t.*, semble décider le contraire, en disant simplement que la transaction sera rétractée (*retractari*), ensuite parce que, juridiquement, cette doctrine ne me semble pas conforme aux principes généraux du droit romain. En effet, d'abord, dans l'hypothèse de pièces fausses, on ne peut pas dire qu'il n'y a pas consentement : le demandeur a bien consenti à abandonner sa prétention et le défendeur à faire une prestation, c'est du moins le cas ordinaire. Maintenant, comme ce consentement a été déterminé par une erreur, il est juste de permettre la rescision de la convention, qui n'est jamais nulle. Dans les deux autres cas, c'est-à-dire dans le cas où le seul héritier véritable traite avec une personne qu'il croit son cohéritier, et dans celui où le débiteur héréditaire transige avec un possesseur d'hérédité le prenant pour le véritable héritier, d'après les principes du droit français,

[1] Maynz, *op. cit.*, II, pp. 581 et 582; Molitor, *op. cit.*, II, pp. 506 et suiv. Dumas (*Thèse*, p. 79), après avoir déclaré que l'erreur est une cause de rescision, s'empresse d'ajouter que, quand elle porte sur un point que les parties ont considéré comme certain, il n'y a pas eu consentement.

on devrait dire qu'il y a défaut de consentement, car, en droit français, on exige l'existence de la cause, et il y a dans nos hypothèses erreur sur la cause. En effet, la cause de l'obligation de l'héritier qui transige avec un individu qu'il croit à tort son cohéritier est l'abandon des droits de ce dernier, dont l'existence ne fait point l'objet de la transaction. L'erreur porte donc sur cette cause. De même, l'obligation du débiteur héréditaire qui transige avec un héritier apparent a pour cause d'éteindre sa dette, certaine ou douteuse, à l'égard de la succession. Cette dette subsiste toujours à l'égard de la succession, la personne avec qui il a transigé n'étant pas le véritable héritier : voilà une erreur portant sur la cause [1]. Mais il n'en est pas de même en droit romain : on n'y exige pas, en principe, l'existence de ce que nous appelons la *cause*. Par exemple, quand on fait la promesse par stipulation de payer une somme, croyant la devoir déjà, en droit français, on dirait qu'il n'y a pas consentement, car il y a erreur sur la cause, mais, en droit romain, on dit que le consentement existe, car on a bien consenti à payer la somme, et que la promesse est valable d'après les principes du droit [2]. Il en doit être de même dans nos hypothèses.

239. — Quant aux moyens d'obtenir cette rescision, voici, à mon avis, comment ils variaient suivant les cas.

[1] Nous examinerons cependant, en traitant du droit français, si les rédacteurs du Code civil ont bien déduit cette conséquence logique des principes généraux qu'ils consacrent, ou s'ils n'admettent jamais qu'une cause d'annulation pour erreur sur la personne, même dans nos deux hypothèses.

[2] V. Appleton, *Op. cit.*, II, pp. 31 et 148 ; Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, pp. 214, 215, 704 et 705 ; Ortolan, *Op. cit.*, III, pp. 155 et 156.

Supposons d'abord que c'est le demandeur qui veut faire rescinder la transaction. Si son ancienne action subsiste encore *ipso jure*, il l'exercera et il obtiendra une réplique de dol contre l'exception *pacti conventi* que demandera son adversaire. Si son action est éteinte *ipso jure*, la *restitutio in integrum* lui sera accordée, pourvu que le préteur considère son erreur comme *justus error* (L. 2, D., *de in integ. restit.*, 4, 1 ; — Paul, *Sent.*, 1,7, § 2). Dans l'hypothèse de la loi 36, *fam. ercisc.*, il aura la *condictio sine causa* (L. 36, *in fine*, D., *fam. ercisc.*, 10,2), et, par conséquent, il n'obtiendra pas la *restitutio in integrum*, qui est un moyen suprême. M. Accarias propose l'action *de dolo* [1]; mais je ne l'accepterai que quand il y aura dol [2], et, même dans ce cas, nous verrons bientôt que, si la *restitutio in integrum* est possible, il faut l'exercer de préférence à l'action de dol.

Si c'est le défendeur qui veut demander la rescision, avant l'exécution, il se bornera à ne pas exécuter la transaction, et, si son adversaire a acquis l'action *præscriptis verbis* ou l'action *ex stipulatu*, il obtiendra contre lui une exception de dol. S'il a déjà exécuté, il aura la *condictio sine causa* (L. 36, *in fine*, D., *fam. ercisc.*, 10, 2).

[1] *Thèse*, p. 154.

[2] On pourrait m'objecter comment moi, qui viens d'accorder la réplique de dol et qui ne tarderai pas à accorder l'exception de dol pour cause d'erreur, je ne veux pas admettre l'action de dol pour la même cause. Ceci est tout naturel : quand on veut agir *de dolo*, il faut qu'on ait un dol à reprocher à son adversaire ; or, ici, on n'en a encore, avant d'agir, aucun à reprocher à son adversaire, qui n'en a point commis *ab initio ;* tandis que, quand c'est son adversaire qui agit, le fait qu'il agit constitue un dol de sa part : il devrait abandonner son action, dès qu'il aura connaissance de la cause de rescision ; de même, quand il est poursuivi, il devrait s'abstenir d'opposer l'exception tirée de la transaction entachée d'un vice : en ne le faisant pas, il commet un dol.

§ II. — DU DOL

240. — Si l'erreur a été déterminée par un dol, elle peut donner lieu à rescision, quand elle ne pourrait pas par elle seule produire cet effet : mais il faut, pour cela, qu'elle ait été déterminante. Les textes de notre matière en donnent deux exemples [1]; 1° la loi 9, § 2, D., *h. t.*, rescinde une transaction entre deux cohéritiers, dont l'un a pratiqué un dol à l'égard de l'autre, pour lui cacher une partie de l'actif de la succession [2] ; 2° la loi 19, C., *h. t.*, permet encore la rescision d'une transaction conclue en l'absence des pièces concernant le droit litigieux et soustraites par l'une des parties [3].

Il est à peine besoin de dire que la partie qui a commis le dol ne peut jamais demander la rescision (L. 30, C., *de trans.*).

[1] Des auteurs citent encore la loi 65, § 1, D., *de cond. ind.*, 12, 6, comme une application de notre règle (Maynz, *Op. cit.*, II, p. 581, note 9 ; Molitor, *Op. cit.*, II, p. 509). Ceci me semble inexact, attendu que, dans le cas de la loi 65, la transaction est complètement nulle (n° 4).

[2] On peut rapprocher ce texte de la loi 35, D., *de pact.*, 2, 14, qui suppose un partage intervenu entre trois cohéritiers, dont l'un a soustrait une somme d'argent appartenant à la succession, et qui permet aux deux autres de demander leurs parts de cette somme d'argent, malgré la convention de partage qui interdit toute réclamation ultérieure, convention que l'auteur du fragment qualifie *transaction* (V. n° 1, 2e note).

[3] Le texte dit : *per se*, VEL PER ALIUM *subtractis instrumentis* ; d'où l'on pourrait être tenté de conclure que la soustraction, opérée même par un autre que l'une des parties, donnerait lieu à rescision. Ce serait une erreur : un dol commis par un tiers ne permet jamais la rescision de la convention (V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 223). Il ressort d'ailleurs clairement du verbe *extorsisse* employé par les auteurs du rescrit, qu'il s'agit là d'une soustraction commise par l'une des parties, soit par elle-même, soit par intermédiaire d'un tiers.

J'ajoute que c'est celui qui allègue le dol, qui doit en fournir la preuve (L. 13, C., *de trans.*). Il ne suffit pas d'une simple allégation de dol (L. 22, C., *de trans.*).

Enfin il va de soi que, si la transaction porte précisément sur la question de dol, elle n'est pas rescindable (L. 4, *in fine*, C., *de trans.*). C'est un dol qui a déterminé l'une des parties à conclure la transaction, qui donne seul lieu à rescision, et non celui qui avait pu être commis auparavant et sur lequel on a transigé.

241. — Voici maintenant comment on met en mouvement cette cause de rescision.

Je suppose d'abord que c'est le demandeur qui a été victime de dol. Conserve-t-il encore *ipso jure* son ancienne action ? il l'exercera et obtiendra une réplique de dol contre l'exception de transaction qu'on lui opposera (L. 19, C., *de trans.*).

A-t-il perdu déjà *ipso jure* son action primitive? il aura l'action de dol, et, dans le cas où la qualité du défendeur empêchera cette action, elle sera remplacée par une action *in factum*, qui produira les mêmes effets, moins l'infamie (L. 11, § 1, D., *de dolo malo*, 4, 3. ; — LL. 4 et 19, C., *de trans.*; — L. 5, C., *de dolo malo*, 2, 21) [1].

[1] M. Accarias fait ici une remarque qu'il m'est difficile d'admettre dans ses termes mêmes (*Thèse*, p. 132). Il prétend qu'en cas de stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation, « pour que l'action *de dolo* ou l'action subsidiaire *in factum* puisse naître, il faut nécessairement que le dol ait existé au moment même de l'acceptilation ; qu'il ne suffirait pas qu'il eût été pratiqué lors de la stipulation Aquilienne. » D'abord, l'auteur me semble mal inspiré en supposant une stipulation Aquilienne extorquée par dol et l'acceptilation exempte du même vice, car il admet avec moi que ces deux opérations sont inséparables (*Thèse*, p. 24 ; — V. n° 38). Dès lors, la question ne peut guère se poser; imaginerait-on que le dol qui a déterminé la stipulation Aquilienne est découvert avant l'acceptilation, qui peut intervenir quelques in-

On sait que l'action de dol et l'action subsidiaire *in factum* sont annales et intransmissibles passivement. D'où l'on pourrait conclure que le demandeur, victime du dol, qui aurait laissé périr son action *ipso jure*, serait moins bien traité que celui qui l'aurait éteinte seulement *exceptionis ope*. Mais cela n'est pas. En effet, il ne faut pas oublier que, si l'action de dol est annale et intransmissible passivement, après l'année, ou après la mort du débiteur, on peut, toujours en cas de dol, intenter une action *in factum*, fondée sur le principe : *Nemo debet ex alieno damno esse locuples*, qui est perpétuelle et transmissible aussi bien passivement qu'activement. Or, ici, la perte de l'action profite tout entière au défendeur ou à ses héritiers, et, si le demandeur n'a encore rien reçu *transactionis causa* ou s'il rend ce qu'il a reçu, l'action *in*

stants après la stipulation ? dans ce cas, comme l'acte n'est pas encore complet, si la victime du dol ne consent pas à faire acceptilation, la stipulation toute seule ne produirait aucun effet ; si l'acceptilation a lieu après la découverte du dol, elle confirme le commencement de l'opération, qui n'était pas sans tache. Mais tout cela n'est pas bien pratique, et, pour rendre la question réellement intéressante, il faudrait supposer une novation ordinaire suivie d'acceptilation. Ici il y a deux actes bien distincts et dont l'un peut être vicié, tandis que l'autre ne l'est point. Si, après avoir fait une novation par suite d'un dol commis par l'autre partie, le créancier découvre ce dol, il peut immédiatement exercer l'action de dol ou toute autre voie qui la remplacera. Il va sans dire que, s'il n'a pas encore découvert le dol au moment de l'acceptilation, bien que le dol n'ait pas été pratiqué à ce moment, il peut toujours demander la rescision de la convention. Si, maintenant, il a fait l'acceptilation malgré la connaissance du dol, dont il avait été victime au moment de la novation, l'acceptilation vaut conformation. D'ailleurs, le texte que l'éminent auteur cite à son appui (L, 1, § 7, D., *de dolo malo*, 4, 3) n'a aucunement trait à notre question : il décide simplement que, quand le demandeur avait une autre action que l'action de dol, qu'il a éteinte sciemment malgré la connaissance du dol, il n'aura pas l'action de dol, à moins que cette extinction même n'ait été extorquée par dol.

factum doit lui présenter tous les avantages de la première action (L. 28, D., *de dolo malo*, 4, 3).

La victime du dol, qui a l'action de dol, a aussi la *restitutio in integrum* (L. 1, et L. 7, § 1, D., *de in integ. restit.*, 4, 1 ; — L. 1, § 6, D., *de dolo malo*, 4, 3 ; — L. 33, D., *de re judic.*, 42, 1 ; — Paul, *Sent.*, 1, 7, § 2). Or l'une et l'autre sont des voies subsidiaires, dont on ne peut user qu'à défaut d'autre. Peut-on exercer l'une ou l'autre à son choix? Non ! voici, à mon avis, le principe : Lorsque les deux voies sont également ouvertes, il faut demander la *restitutio in integrum*, de préférence à l'action *de dolo* (L. 7, § 1, D., *de in int. restit.*, 4, 1 ; — L. 1, § 6, et L. 38, D., *de dolo malo*, 4, 3 ; — L. 33, D., *de re judicata*, 42, 1). Seulement la *restitutio in integrum*, qui n'était jamais accordée que *cognita causa* et qui semble avoir été abandonnée au pouvoir discrétionnaire du magistrat [1], s'accordait difficilement aux majeurs, bien qu'elle le fût plus facilement aux mineurs. Voilà comment on peut expliquer la loi 38, D., *de dolo malo*, 4, 3, qui, dans un cas de dol, accorde l'action *de dolo* aux majeurs et la *restitutio in integrum* aux mineurs. En effet, dans le premier cas, la *restitutio in integrum* était possible en théorie ; mais, comme elle s'accordait difficilement en fait, on recourait plutôt à l'action *de dolo* ; tandis que, dans le second cas, comme la *restitutio in integrum* s'obtenait facilement, on la demandait plutôt que l'action *de dolo* [2].

[1] V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 1328.

[2] En ce sens : Appleton, *Op. cit.*, II, p. 35. — V. cependant Accarias, *Précis de Droit romain*, 3e édit., II, p. 1068, 2°.

M. Accarias soutient que « la *restitutio in integrum* ne présente un intérêt que lorsque la partie coupable de dol a aliéné gratuitement la chose qu'elle tenait en vertu de la transaction, parce que le dol n'est opposable qu'à l'auteur même du dol et à ses ayant-cause à titre gra-

Si c'est le défendeur qui a été victime de dol, n'a-t-il pas encore exécuté ? il n'exécutera pas, et, si son adversaire a acquis contre lui une action, soit l'action *præscriptis verbis*, soit l'action *ex stipulatu*, il la repoussera au moyen de l'exception de dol. A-t-il déjà exécuté ? il demandera la restitution de ce qu'il a donné au moyen de la *condictio sine causa*.

§ III. — DE LA VIOLENCE

242. — La violence est une cause de rescision de la transaction, comme de toutes les conventions (LL. 13 et 35, C., *de trans.* ; — *Veteris jurisc. consult.*, IX, 3). Mais, pour cela, il faut que la violence ait causé une crainte telle que la victime n'avait pas la liberté de consentir ou de ne pas consentir. C'est, d'ailleurs, à celui qui allègue la violence, à en fournir la preuve, comme ce qui arrive en cas de dol (L. 13, C., *de trans.*). La loi 35, C., *h. t.*, qualifie d'improbité l'acte d'une personne qui, sous prétexte de violence, demande la rescision d'une transaction conclue devant des amis et qui a déjà reçu exécution.

243. — Les moyens de réaliser la rescision pour cause de violence sont un peu différents de ceux que nous avons indiqués dans les deux cas précédents, bien qu'ils soient, à quelques détails près, sensiblement ana-

tuit. » (*Thèse*, p. 153.) Ceci me semble contestable, et je ne trouve mieux que de renvoyer à ce que l'auteur même que je combats écrira plus tard dans son *Précis de Droit romain*, auquel j'ai fait tant d'emprunts (3ᵉ édit., II, pp. 1068, 1069, 1329 et suiv.). V. aussi Appleton, *Op. cit.*, II, p. 262, IV.

logues ; car la violence est un vice du consentement autrement grave que le dol ou la simple erreur.

Commençons toujours par le demandeur qui aura été victime de violence. S'il conserve son ancienne action *ipso jure*, il l'exercera et brisera par la réplique *metus* l'exception de pacte qu'on peut lui opposer.

S'il a perdu *ipso jure* son action primitive, il aura l'action *quod metus causa* contre l'auteur de la violence ou contre tous ceux qui en profitent, notamment contre l'ancien défendeur, ou même contre l'acquéreur de bonne foi, car la violence, à la différence du dol, n'a pas besoin d'avoir été exercée par l'une des parties pour donner lieu à rescision. Le juge ordonnera, dans son *arbitrium*, de rétablir les choses dans leur premier état, c'est-à-dire de retransférer la propriété, si elle a été perdue *ipso jure*, de payer ou de promettre la somme due, s'il en a été fait acceptilation, etc. Dans le cas où l'*arbitrium* n'aura pas été exécuté, le juge condamnera le défendeur au quadruple (L. 9, § 7, D., *quod metus causa, 4, 2*).

La victime de la violence a en outre l'action de dol (L. 14, § 13, D., *quod metus causa*, 4, 2) et l'*in integrum restitutio* (L. 1, D., *de in integ. restit.*, 4, 1 ; — L. 9, §§ 4 et 6 ; L. 21, §§ 5 et 6, D., *quod metus causa*, 4, 2 ; — L. 3, C., *de his quæ vi metusve causa*, 2, 20 ; — Paul. *Sent.*, 1, 7, § 2). L'utilité de l'action de dol résulte de l'infamie qui y est attachée. En effet, d'un côté, l'infamie effrayera bien des gens, plus que la condamnation au quadruple ; d'un autre côté, la victime de violence, quand elle est riche, tiendra souvent à faire punir le coupable par l'infamie, plutôt qu'à le faire condamner pécuniairement. Voilà pourquoi l'action de dol est donnée à côté de l'action *quod metus causa*, qui est pécuniai-

rement plus avantageuse; la victime de la violence aura le choix.

Quant à la *restitutio in integrum*, son utilité ne se conçoit pas au premier abord. Tandis que la *restitutio in integrum* n'aboutit jamais qu'à la réparation du dommage causé et ne s'accorde que pendant une année, l'action *quod metus causa* est *in quadruplum* pendant une année et *in simplum* après. Cette dernière voie n'est-elle donc pas toujours plus avantageuse que la première? Non! voici l'utilité de la *restitutio in integrum*. Supposez, par exemple, Primus qui se prétendait propriétaire d'un immeuble possédé par Secundus. Celui-ci a forcé son adversaire, par violence, à faire une stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation, moyennant une somme d'argent promise. Puis il a transmis à Tertius la propriété de cet immeuble. Sans doute, Primus, en intentant l'action *quod metus causa* contre Secundus, pourra obtenir le prix de l'immeuble ou même le quadruple, si Secundus est solvable. Il a aussi la même action contre Tertius, qui se trouve dans l'alternative de rendre la chose ou de payer le quadruple et qui, par conséquent, préférera d'ordinaire restituer l'immeuble [1]. Mais, si l'un et l'autre sont insolvables, puisque l'action *quod metus causa* est personnelle, bien qu'*in rem scripta*, Primus ne

[1] M. Accarias ne semble pas admettre cette action contre le tiers-acquéreur, parce qu'il s'écrie: « Comment veut-on que l'action *quod metus causa*, qui est personnelle, atteigne entre les mains de l'acquéreur une propriété valablement acquise ? » (*Thèse*, p. 150.) Mais c'est justement ce que nous dit la loi 14, § 5, D., *quod metus causa*, 4, 2. Il est vrai qu'Ulpien nous y révèle une certaine controverse sur ce point, mais, pour sa part, il se prononce dans le sens que nous avons indiqué au texte, avec Vivianus et Pédius, et, puisque nous trouvons ce fragment dans le Digeste et que nous n'en trouvons aucun qui le contredise, il faut bien admettre que c'est la solution définitivement admise.

pourra avoir ni la chose ni son prix. Il lui est donc plus avantageux, dans ce cas, d'obtenir la *restitutio in integrum*, par suite de laquelle, l'acceptilation étant rescindée, une action réelle fictice lui sera accordée (L. 9, § 4, D., *quod metus causa*, 4, 2). Voilà pourquoi les Romains donnaient aux violentés le choix entre l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo* et la *restitutio in integrum*, bien que les deux dernières voies fussent en principe subsidiaires.

244. — Supposons maintenant que c'est le défendeur qui a été victime de violence. S'il n'exécute pas encore, il n'aura pas à exécuter, et, si son adversaire intente contre lui l'action *præscriptis verbis* ou l'action *ex stipulatu*, il la repoussera au moyen de l'exception *metus* [1]. S'il est poursuivi par l'ancienne action, il opposera tous les moyens de défense qui lui appartenaient avant la transaction ; et, si le demandeur invoque la réplique de pacte, il sera repoussé par une *duplicatio metus*. Nous verrons, dans la section suivante, dans quel cas le demandeur peut invoquer la réplique de pacte.

Si le défendeur a déjà exécuté, en vertu des mêmes textes et des mêmes motifs que dans le cas précédent, il aura le choix entre l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo* et la *restitutio in integrum*, pour se faire restituer ce qu'il a donné ou fait.

[1] Il peut même prendre les devants et se faire donner acceptilation, s'il s'est engagé par stipulation (L. 9, § 7, *in fine*, D., *quod metus causa*, 4, 2). C'est là une des différences entre la violence et le dol. En cas de dol, comme l'action de dol est une action subsidiaire, elle n'est pas accordée au promettant qui a l'exception de dol (L. 40, D., *de dolo malo*, 4, 3), tandis que l'action *quod metus causa* n'ayant point ce caractère, peut être accordée, même dans le cas où le défendeur a l'exception *metus*.

SECTION III

DE LA RÉSOLUTION DE LA TRANSACTION

245. — La transaction, comme toutes conventions, peut être résolue du commun accord des parties, si toutefois la résolution ne cause aucun préjudice aux tiers, ou ce qui revient au même, les parties peuvent convenir entre elles d'une résolution de leur convention, qui ne nuira pas aux tiers. Les moyens d'opérer cette résolution varient suivant les formes dont se revêt la transaction.

A-t-on transféré la propriété ou un autre droit réel? L'acquéreur vous le retransférera (L. 14, C., *de trans.*).

A-t-on stipulé? On fera acceptilation.

A-t-on fait acceptilation? On stipulera de nouveau.

S'est-on contenté d'un pacte? Un pacte nouveau suffira.

246. — Dans ce dernier cas, le défendeur peut souvent résoudre la transaction, malgré le demandeur. En effet, comme l'autre partie, n'a, par hypothèse, rien donné, ni rien fait [1], ni non plus rien stipulé, elle n'aura aucune autre action que son action primitive. Supposons donc que le demandeur intente son ancienne action. Si le défendeur lui oppose un moyen de défense direct, il ne pourra pas invoquer la transaction. Ceci ne fait pas de doute pour les actions de droit strict. Mais, pour les actions de bonne foi, il y a une raison sérieuse d'en douter,

[1] Nous écartons les cas exceptionnels où un pacte produit *ipso jure* l'extinction du droit litigieux, et où, par conséquent, il constitue un fait engendrant un contrat innommé (nos 32, 2°, et 43).

car, là, le juge doit en principe statuer d'après l'équité (*ex bono et æquo*) et l'équité exigerait que le défendeur qui a transigé, exécute la transaction, au lieu d'invoquer les moyens de défense auxquels il a expressément ou tacitement renoncé en transigeant. Cependant la théorie romaine des pactes ne nous permet pas de décider que, si le défendeur invoque un moyen de défense direct, le demandeur pourra le repousser, en alléguant la transaction. En effet, les pactes *ex intervallo*, même ajoutés aux contrats de bonne foi, ne produisent leur effet qu'*exceptionis ope* (L. 7, § 4; L. 27, § 2, D., *de pact.*, 2, 14; — L. 72, pr., D., *de contr. empt.*, 18, 1; — L. 13, C., *de pact.*, 2, 3)[1]. A plus forte raison, tout pacte ayant pour but d'apporter des modifications à une action, même de bonne foi, qui ne résulte pas d'un contrat, mais *quasi ex contractu*, ne produira-t-il son effet qu'*exceptionis ope : Ex pacto actio neque nascitur neque tollitur* (L. 6, D., *de pact.*, 2, 14). Donc, lorsque le défendeur d'une action de bonne foi intente son ancienne action, après avoir transigé par pacte, si le défendeur ne lui oppose pas une exception, mais un moyen de défense direct, il n'aura aucun moyen de le forcer à respecter la transaction.

247. — Supposons maintenant que le défendeur invoque une exception qu'elle avait déjà avant la transaction. Ici il faut distinguer si l'action intentée est une action de bonne foi ou de droit strict. L'action est-elle de bonne foi : le demandeur peut repousser l'exception opposée par le défendeur, au moyen d'une réplique de pacte.

[1] Il faut toujours excepter les contrats consensuels non encore exécutés par aucune des parties (*rebus integris*), qui s'éteignent *ipso jure* par un pacte de transaction (n° 32, 2°).

Et le défendeur ne pourrait pas lui dire que c'est lui qui a commencé par violer la transaction, en intentant son ancienne action, à laquelle il avait renoncé, car il peut répondre qu'en intentant son action, il n'a pas du tout violé la transaction, que, l'*intentio* de son action étant ainsi conçue : *Quidquid ob eam rem Nm Nm A° A° dare facere oportet ex fide bona*, il a pu s'en servir pour réclamer ce qui lui est dû *transactionis causa*.

Au contraire, si l'action est de droit strict, le demandeur ne peut invoquer la réplique de pacte que dans le cas où, l'objet dû restant toujours le même, la quantité seule en a été réduite par la transaction, et où le demandeur a eu soin de ne réclamer que cette quantité réduite, car, autrement, on peut lui reprocher d'avoir le premier enfreint la transaction, en réclamant autre chose que la chose due en vertu de la transaction, ou plus qu'il n'est dû en vertu de la même convention[1].

248. — Quoi qu'il en soit, si le défendeur n'oppose pas l'exception de transaction, il arrivera souvent que la transaction se trouve résolue. Dans ce cas, si le défendeur a déjà exécuté la transaction, en tout ou en partie, il pourra intenter la *condictio causa data, causa non secuta*, pour demander la restitution de ce qu'il a donné (L. 23, pr., D., *de cond. ind.*, 12, 6)[2].

[1] M. Accarias me semble trop absolu, lorsqu'il enseigne que « le défendeur, tant qu'il n'a pas exécuté, reste absolument libre de maintenir ou de résoudre la transaction ; qu'il lui est loisible, en effet, de ne pas répondre à la poursuite du demandeur par l'exception de pacte, et de s'en tenir aux moyens de défense qu'il pouvait invoquer antérieurement (*Thèse*, p. 40). »

[2] Cf. n° 44.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA TRANSACTION

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

249. — Après que le Droit romain eut été introduit dans l'ancienne France, il ne semble pas avoir subi de notables modifications dans notre matière. Et le peu de changements qui s'y introduisirent étaient dus pour la plupart à une mauvaise interprétation du Droit romain, interprétation qui fut quelquefois soutenue dans un but louable par de grands jurisconsultes comme les Dumoulin, les D'Argentré, les Pothier.

Nous allons donc parcourir rapidement les modifications principales qui furent apportées aux règles de Droit romain que nous venons d'étudier. Ces modifications concernent : 1° l'Objet de la transaction ; 2° la Capacité requise pour transiger ; 3° l'Effet de la transaction ; enfin 4° la Rescision de la transaction.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OBJET DE LA TRANSACTION

250. — Le principe était, dans l'ancien Droit français comme en Droit romain et dans le Droit français actuel, qu'on ne peut transiger que sur des objets qui sont dans le commerce. Seulement, quand il s'agit d'appliquer ce principe, il se présente des difficultés analogues à celles que nous avons vues pour le Droit romain.

D'abord, pour les questions d'état, on admettait généralement que la transaction était valable quand elle consacrait un état favorable, mais qu'elle était nulle dans le cas contraire, et cela, par suite d'une interprétation selon nous erronée du Droit romain[1].

L'application la plus importante de cette idée se trouve en matière de mariage. On décidait généralement que la transaction ayant pour but de valider un mariage attaqué comme nul était valable, tandis que celle qui devait annuler ce mariage était nulle. Il est vrai que le chapitre XI des Décrétales, *De transactionibus*, semble dire le contraire : « *Poteris ad componendum interponere partes tuas, et interdum aliquid severitati distrahere, exceptis nimirum casibus, qui compositionis, sive dispensationis remedium non admittunt utpote, conjugii sacramentum; quod cum, non solum apud Latinos et Græcos, sed*

[1] V. n^{os} 82 et suiv.

etiam apud fideles et infideles existat, a severitate canonica, circa illud, recedere non licebit. » Mais la glose nous dit : « *Sic patet quod in matrimonio non habet locum transactio vel compositio*, UT CONTRA MATRIMONIUM ALIQUOD STATUATUR. » Et cette interprétation était enseignée par un grand nombre d'auteurs [1].

251. — Les différences peut-être les plus notables existaient entre le droit romain et l'ancien droit français, relativement à la transaction sur crimes et délits.

Rappelons brièvement les règles du droit romain : 1° La transaction sur délits privés est valable, sauf l'infamie qui frappe le défendeur par cela seul qu'il a transigé, quand l'action sur laquelle il a transigé était infamante ; 2° la transaction sur crimes privés est nulle, l'accusateur est puni, et l'accusé, selon nous, est tenu pour *confessus* et noté d'infamie ; 3° la transaction sur crimes publics est nulle ; l'accusateur est puni ; l'accusé aussi est puni si la transaction intervient après que la poursuite est engagée, excepté dans les accusations capitales, sur lesquelles il peut impunément transiger ; il y a maintenant une exception générale, selon nous, pour l'accusation de faux, sur laquelle on peut transiger valablement sans avoir à craindre aucune peine [2] ni pour l'accusateur ni pour l'accusé [3].

252. — En droit germanique, le fondement de toute

[1] Gonzalès, sur le chap. XI des Décrétales, *Ex parte tua : De transact.*; Vinnius, *De transact.*, chap. 4, n° 12 ; Voët, *De transact.*, n° 15 ; Gregorius Tholosanus, *Syntagma juris*, *De trans.*, p. 3, lib. 28, c. 2, n° 17 ; *Urceolus, De transact.*, quæst. 28, n° 32 et 36.

[2] L'accusé sera cependant tenu pour *confessus* et noté d'infamie.

[3] V. nos 90 et suiv.

pénalité était l'idée de la vengeance privée. Si donc la victime d'un crime consentait à transiger avec le coupable, personne ne pouvait poursuivre ce dernier. Cette vengeance privée qui revêtait dans les premiers temps des formes brutales, ne tarda pas à se transformer en une réparation pécuniaire, la *composition*. Peu à peu, cette composition, qui au début n'était qu'une faculté pour l'offensé, finit par devenir la peine principale de tous crimes. Or la composition n'était qu'une sorte de transaction conclue entre l'accusateur et l'accusé devant le juge. Il était donc naturellement permis aux parties de transiger avant d'aller devant le juge.

Cependant, dès les premiers siècles de l'ère chrétienne, on voit une partie des compositions attribuée au fisc sous le nom de *fredum*. D'autre part, certains crimes qui semblaient troubler tout particulièrement l'ordre public, comme l'incendie, le rapt, l'effusion de sang dans les églises, étaient punis non seulement de la composition, mais aussi du *bannum*, c'est-à-dire une amende de 60 sous prononcée au profit du roi. On comprend dès lors que la loi salique interdit aux parties lésées de nuire aux droits du fisc en transigeant avec les coupables. On y voit déjà un germe de distinction entre l'action publique et l'action civile.

253. — Après que la pratique eut consacré cette distinction entre l'action publique et l'action civile, les parties lésées ne pouvaient en principe transiger que sur l'action civile. Mais les juges et les officiers du ministère public pouvaient transiger sur l'action publique. Ce n'est qu'à partir du XVI[e] siècle que cette transaction sur l'action publique fut interdite aux magistrats. D'un autre

côté, l'ordonnance de 1670 décide encore que pour les crimes non capitaux et non punis de peine afflictive, les parties lésées pourront empêcher toute poursuite par des transactions conclues avec les coupables.

Bref, au XVII^e siècle, les parties lésées pouvaient seules transiger. Cette transaction ne pouvait porter que sur l'action civile, s'il s'agissait de crimes capitaux ou punis de peine afflictive; elle pouvait éteindre et l'action publique et l'action civile, s'il s'agissait de tous autres crimes. Cette règle souffrait une exception: on ne pouvait transiger sur le crime de faux, sous le prétexte que la transaction n'étant possible que sur les crimes commis, le faux qu'on considérait comme un crime successif dont la perpétration se renouvelait chaque fois que le titre falsifié produisait un effet, ne pouvait jamais faire l'objet d'une transaction. L'article 52 du titre II de l'ordonnance de juillet 1737, tout en permettant de transiger sur le faux, soumit cette transaction à l'homologation de justice. « Aucunes transactions, nous dit cet article, soit sur l'accusation de faux principal ou sur la poursuite du faux incident, ne pourront être exécutées, si elles n'ont été homologuées en justice, après avoir été communiquées à nosdits procureurs ou à ceux des hauts justiciers, lesquels pourront faire à cet égard telles réquisitions qu'ils jugeront à propos. » C'est l'origine de l'article 249 du Code de procédure civile, qui applique cette disposition seulement au faux incident.

254. — La transaction avec la partie lésée ne mettait pas l'accusé en pleine sécurité: le ministère public pouvait souvent le poursuivre par l'action publique, et dans ce cas, la transaction faisait présumer la culpabilité. Pour

échapper à cette conséquence, on imagina de recourir à la cession de droits. L'accusé trouvera un homme complaisant qui achètera les droits de la partie lésée et qui, au lieu de chercher à prouver la culpabilité de l'accusé, tâchera d'établir son innocence. Le plus souvent, c'est l'accusé qui paye le prix de cession et les dépens, et c'est au fond une transaction déguisée.

Les inconvénients d'un pareil procédé sautent aux yeux : bien des crimes restent impunis ; le ministère public est souvent désarmé devant la collusion de l'accusé et du cessionnaire. Pour atténuer ces inconvénients, la jurisprudence mit au droit du cessionnaire les cinq restrictions suivantes : 1° Il est sujet à la contrainte par corps, pour le payement du prix de la cession qui lui a été faite ; 2° on ne lui adjugeait point la réparation, mais seulement le prix de la cession ; 3° si les juges présumaient une fraude, ils permettaient au cédant de poursuivre le crime, malgré la cession en remboursant au cessionnaire le prix qu'il avait payé ; 4° le cessionnaire devait fournir caution des dommages-intérêts et des frais, qu'il devait payer en cas de perte du procès ; 5° dans le même cas, il était puni de la peine de la calomnie [1].

255. — En somme, les règles de l'ancien droit français relatives à la transaction sur crimes et délits étaient profondément différentes de celles du droit romain. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que le crime de faux, sur

[1] V. Pour tout ce qui concerne la transaction sur crimes et délits dans l'ancien droit français : Faustin Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2e édit., I, nos 414 et suiv. ; II, nos 576, 606 et suiv. ; Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 5e édit., I, p. 6 ; Sourdat, *Traité général de la Responsabilité*, 3e édit., I, p. 144 et 145 ; et les nombreux auteurs cités dans ces ouvrages.

lequel, à notre sentiment du moins, la transaction était permise par exception en droit romain, était précisément dans l'ancien droit français un crime sur lequel la transaction était exceptionnellement interdite, ou tout au moins soumise à une certaine restriction.

256. — Quant à la transaction sur aliments, elle était entièrement soumise aux règles du droit romain. Nous n'en parlerons donc pas davantage [1].

257. — Reste la transaction sur un testament. Nous avons vu qu'en droit romain, on pouvait transiger, à notre avis, même sur un testament dont on ne connaissait pas encore les termes (nos 128 et suiv.). Dans l'ancien droit français, de nombreux auteurs voyaient une disposition prohibitive dans le texte de la loi 6, D., *De trans.* Il y en avait même qui allaient jusqu'à interdire aux parties de renoncer formellement, en transigeant, à la représentation du testament. Mais ce n'est là, pour nous, qu'une fausse interprétation de la loi 6 [2].

[1] V. Troplong, *Du Cautionnement et des Transactions*, pp. 617 et suiv.) et les auteurs qui y sont cités.
[2] V. Troplong, *Op. cit.*, pp. 623 et suiv.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR TRANSIGER

258. — Il serait trop long de tracer ici, même sommairement, toutes les règles de capacité adoptées aux différentes époques de l'ancienne France. Je me contenterai donc de parler des mineurs en tutelle.

Comme à Rome, l'âge de la majorité était fixé en général à vingt-cinq ans. En Normandie cependant, la majorité s'accomplissait à vingt ans. En Artois et en Anjou aussi, on était en principe majeur à vingt ans, mais, jusqu'à vingt-cinq ans, on était restituable pour cause de lésion [1].

D'après Pothier, le tuteur avait le pouvoir d'aliéner les meubles du mineur [2]. Mais il ne pouvait pas aliéner les immeubles [3]. Comme il ne parle d'aucune capacité spéciale pour transiger, on est en droit d'en conclure que le tuteur pouvait transiger quand la transaction ne tendait pas à aliéner les immeubles du mineur, et qu'il ne le pouvait pas dans le cas contraire [4].

[1] Pothier, *Traité de la Procédure civile*, V[e] part., chap. IV, art. II, § I, n° 729.

[2] *Traité des Personnes et des Choses*, I[re] partie, tit. VI, sect. IV, art. III, § II, n° 166.

[3] *Ibidem*, n° 170.

[4] On a quelquefois soutenu que Pothier était d'avis que le tuteur pouvait transiger sur les immeubles avec l'assentiment de la famille et

D'ailleurs, que l'acte émanât du mineur lui-même ou de son tuteur, il était de principe que le mineur pouvait demander la restitution en entier pour cause de lésion, et Pothier énumère expressément la transaction parmi les actes contre lesquels le mineur était restituable [1]. Par exception, les actes de pure administration faits par le tuteur échappaient à cette restitution, et Pothier nous représente la vente ou l'achat des choses mobilières comme un acte de pure administration [2]. Je serais donc penché à croire que le mineur n'était point restituable contre les transactions mobilières conclues par son tuteur. Ce serait une différence avec le droit romain [3].

259. — Voilà du moins ce qu'enseignait Pothier. Mais ce n'est pas ce qui était admis dans toutes les Coutumes. Ainsi les articles 481 et 482 [4] du premier texte de la Coutume de Bretagne donné par d'Argentré portaient :

Art. 481. — *Tuteur ou curateur ne peut vendre, ne aliéner les héritages du mineur sans le conseil de plusieurs des plus suffisans de ses amis et de la justice, qu'il n'ait suffisante cause et décret de la Cour.*

l'autorisation du juge (Accarias, *Thèse*, p. 218; Jaubert, *Thèse*, p. 115) Ceci me semble une erreur. Il est vrai que Pothier permettait au tuteur d'aliéner des immeubles du mineur avec les formalités dont on parle, dans le cas : 1° où les créanciers voulaient saisir les immeubles du mineur ; 2° où l'on ne pouvait acquitter les dettes avec les épargnes du mineur (*Traité des Personnes et des Choses*, Ire partie tit. VI, sect. IV, art. III, § II, n° 172). Mais cela n'a aucun rapport avec la transaction. V. aussi Domat, *Les Loix civiles*, liv. IV, tit. VI, sect. II, nos 24 et 25.

[1] *Traité de la Procédure civile*, Ve partie, chap. IV, art. II, § I, n° 731.

[2] *Ibidem*, n° 733.

[3] V. n° 134, note.

[4] Dans le *Nouveau Coutumier général*, IV, p. 318, ces articles portent les numéros 485 et 486.

Art. 482. — *Et aussi ne peut compromettre ne pacifier sans le conseil et décret dessus dit, des* CHOSES *audit mineur appartenant.*

De la combinaison de ces deux articles, il résultait clairement que pour transiger soit sur les meubles, soit sur les immeubles (*choses*), le tuteur devait demander l'avis des amis du mineur et l'autorisation de justice, mais qu'en observant ces deux formalités, il pouvait toujours transiger. C'est d'ailleurs ce que d'Argentré enseignait dans sa glose 2 de l'article 482. Il ajoutait que ces formalités étaient d'ailleurs nécessaires, que la transaction eût pour but de consolider le droit du mineur sur la chose ou de l'abandonner à son adversaire.

Ces deux articles sont devenus les articles 508 et 509 de la nouvelle rédaction de la même Coutume, publiée en 1580, avec les modifications suivantes :

Art. 508. — *Tuteur ou curateur ne peuvent vendre ne aliéner les héritages du mineur, sans suffisante cause vérifiée par l'advis des plus proches et plus suffisans* PARENTS *et amis, décret et autorité de justice, autrement sera le contract nul.*

Art. 509. — *Aussi ne peut ledit tuteur ne curateur, compromettre ne transiger, déférer serment décisif ès causes héréditelles, et de* MEUBLES RICHES ET PRÉCIEUX, *sans l'advis des* PARENTS, *et décret de justice.*

Ce dernier article rappelle la constitution de Constantin que nous avons étudiée (n^os^ 136 et 155, 3°) [1].

[1] Domat (*Les Loix civiles*, liv. II, tit. I, sect. II, V), reproduisant l'interprétation, pour nous erronée, donnée par Cujas, de la loi 46, § 7, *D., De Admin. et Peric. Tut.*, 26, 7, soutenait que le tuteur ne pouvait consentir que des transactions n'impliquant aucun sacrifice pour le pupille (V. n° 155, 2°). Il faut noter que d'après Domat, *Les Loix civiles*, liv. I, tit. XIII, sect. I, II, la transaction ne suppose pas toujours la réciprocité de sacrifices, comme nous le verrons au commencement de notre troisième partie (n° 277).

Mais, ce qu'il faut noter, c'est que la transaction conclue même avec ces formalités n'était pas à l'abri de la *restitutio in integrum*, ce qui, comme le dit très bien Berlier, rendait la transaction impraticable en fait [1].

260. — Les articles 472, et 2045, 2e alinéa, du Code civil, trouvent aussi leur origine dans l'ancienne jurisprudence. Pothier nous dit que « toute transaction, tout contrat passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur avant que le compte ait été rendu, n'obligent point le mineur qui peut, quand bon lui semble, s'en faire relever et les faire déclarer nuls, quoiqu'il ait passé ces actes en majorité, car, en cette matière, le mineur devenu majeur est toujours réputé mineur vis-à-vis de son tuteur jusqu'à ce qu'il ait rendu compte [2]. »

« Toutes les transactions, dit de son côté Argou, faites entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sur la question de la tutelle, sont nulles, et le mineur peut s'en faire relever dans les dix ans, à moins que le compte n'ait été examiné, et que toutes les pièces justificatives n'aient été remises entre les mains du mineur [3]. »

L'article 517 de la nouvelle Coutume de Bretagne por-

[1] V. Pothier, *Traité de la Procédure civile*, Ve part., chap. IV, art. II, § I, n° 731 ; Berlier, *Exposé des motifs :* Fenet, X, p. 643.

[2] *Traité des Personnes et des Choses*, Ire partie, tit. VI, sect., IV, art. VI, n° 189.

[3] *Institution au Droit français*, 11e édit., tome I, livre I, chap. VIII pp. 126 et 127. — V. encore Bourjon, *Le Droit commun de la France*, tome I, tit. VI, chap. II, CLI, CLIII et CLIV. En droit romain, le tuteur ne rendait valablement compte de sa tutelle qu'en présence d'un curateur, dont il devait, au besoin, provoquer la nomination (L. 5, § 5, D., *De Admin. et Peric. Tut.*, 26, 7). Il en résultait qu'il ne pouvait valablement transiger, sur son compte de tutelle, avec son ex-pupille, non assisté d'un curateur. Cf. C. civ. ital., art. 307 (V. *infra*, n° 420, 1re note).

tait aussi : « Le tuteur ne le curateur ne peuvent contracter et négocier avecques leurs mineurs pendantqu'ils en ont la garde : et encores qu'ils soient majeurs ne pourront aussi contracter avecques eux jusques à ce qu'ils ayent tenu et rendu compte, et ressaisi ceux dont ils ont eu la garde de leurs biens, titres et enseignemens. »

La seule différence entre cette Coutume et les autres est que la prohibition est générale dans cette Coutume, tandis qu'elle ne concerne que les traités sur le compte de tutelle dans les autres Coutumes.

CHAPITRE III

DE L'EFFET DE LA TRANSACTION

261. — La grande question dans l'ancien droit français, qui a beaucoup tourmenté les jurisconsultes, était celle de savoir si l'effet de la transaction était translatif ou déclaratif [1]. Les intérêts pratiques de la question étaient considérables. Je n'en relève que quelques-uns qui étaient spéciaux à l'ancien droit : 1° Si la transaction était translative, elle serait soumise aux droits seigneuriaux ; 2° elle serait soumise aussi au retrait lignager ; 3° dans le cas où la transaction aurait eu lieu entre le *de cujus* qui possédait un immeuble et un tiers qui se prétendait propriétaire de cet immeuble, si elle était déclarative, l'immeuble serait propre ; tandis que si elle était translative, l'immeuble serait acquêt : distinction qu'on retrouverait en matière de communauté.

262. — Les uns, comme Tiraqueau [2], admettaient qu'il y avait toujours mutation. C'était la solution de la Coutume de Hainaut, chapitre 104, article 15.

[1] Il est à peine besoin de dire que, quant à la chose non litigieuse, qu'on donnerait en échange de l'abandon du droit litigieux, la transaction serait toujours translative. La question ne se pose donc que pour la chose litigieuse.

[2] *Du Retraict lignager*, § 1, glose 14, nos 64 et suiv.

D'autres, comme Pocquet de Livonière [1] et Dupineau [2], faisaient une distinction : la possession changeait-elle de main, la transaction était translative ; n'y avait-il pas mutation de possession, la transaction était déclarative. La Coutume d'Anjou, article 360, et la nouvelle Coutume de Normandie, article 467, adoptaient cette doctrine.

D'autres enfin, comme Dumoulin [3], d'Argentré [4], Pothier [5], Deluca [6], soutenaient que la transaction était toujours déclarative. Cette opinion fut consacrée dans plusieurs Coutumes, notamment dans celles du Maine, article 370, de Clermont en Beauvoisis, article 29, et de Touraine, article 180 (anc. chap. xv, article 24). Elle fut admise aussi par le Parlement de Paris dans trois arrêts, du 22 février 1764, du 27 juin 1768 et du 29 juillet 1777 [7].

263. — Quel était le système le plus rationnel ? Je crois qu'aucun des trois systèmes que nous venons de voir n'était rationnel. Écartons d'abord le système des Coutumes d'Anjou et de Normandie, qui distinguait arbitrairement suivant que la possession restait ou non dans les mêmes mains, car cette distinction n'avait rien de juridique [8]. Restent les deux systèmes extrêmes. Fallait-il

[1] *Des Fiefs*, liv. III, chap. IV, *sect.* VII ; liv. V, chap. V, sect. IV.

[2] Sur l'article 360 de la coutume d'Anjou.

[3] Coutume de Paris, tit. *Des Fiefs*, § 33, glose 1, nos 64 et 67.

[4] Coutume de Bretagne, article 266, chap. III, *De titulo pro transacto* ; *De Laudimiis*, chap. I, § 55.

[5] *Traité du Contrat de Vente*, part. VII, art VIII ; *Traité des Retraits*, part. I, chap. IV, art. III, § V ; *Traité de la Communauté*, part. I, chap. II, sect. I, art. II, § I, no 111 ; § II, no 164.

[6] *De Feudis*, disc. 47, no 9 ; *De Regalibus*, disc. 93, no 9.

[7] V. les arrêts plus anciens rendus en ce sens et les auteurs qui adoptaient cette dernière opinion, dans Louet, *Recueil d'anciens notables arrêts*, lettre T, V.

[8] Cf. no 136, note.

admettre avec Tiraqueau que la transaction était toujours translative? Non, je ne le crois pas, car il arrive bien souvent qu'on transige uniquement pour éviter les ennuis du procès, alors qu'on a la preuve certaine de son droit. Comment veut-on que la transaction soit translative dans un pareil cas? La transaction était-elle alors toujours déclarative, comme le prétendait la majorité des auteurs et des arrêts? Je ne le crois pas non plus, car on peut très bien vouloir acquérir, en transigeant, la prétention de son adversaire, et il arrive fort souvent qu'on acquiert plus tard la preuve incontestable que c'était son adversaire, qui était le véritable propriétaire de la chose litigieuse.

264. — A mon avis, voici la vérité. D'une manière générale, on ne peut pas dire que la transaction soit translative ou déclarative. Au moment de la transaction, personne ne sait si elle doit avoir pour effet de transférer la propriété, ou, au contraire, de la consacrer entre les mains du véritable propriétaire. Ce qu'on sait seulement, c'est que l'une des parties transigeantes abandonne sa prétention au profit de l'autre. Maintenant cet abandon aura-t-il d'autres profits pour celle-ci que celui de lui épargner les ennuis, les frais, les difficultés, le hasard d'un procès? Personne n'en sait rien. Voilà le principe.

Ce principe une fois admis, les conséquences sont faciles à en déduire. Au point de vue de l'usucapion, par exemple, la transaction est un véritable juste titre, comme j'espère l'avoir démontré en traitant cette question en droit romain (n[os] 174 et suiv.). En effet, la partie à qui la transaction a laissé la chose, peut tenir le lan-

gage suivant à celui qui réclamera la chose : « Je prétends être propriétaire de la chose. Mais, en admettant même que je ne le sois pas, j'ai acquis par la transaction la prétention de mon adversaire. Je croyais alors que si, par hasard, je n'étais pas propriétaire, c'était mon adversaire qui était propriétaire. Je possède la chose depuis cette transaction pendant le temps nécessaire pour usucaper (il faut bien le supposer). Donc, aujourd'hui, vous ne pouvez, de toutes manières, me réclamer la chose dont vous vous prétendez propriétaire. »

Quant au point de vue des droits seigneuriaux, du retrait lignager et de la question de savoir si la chose est propre ou acquêt, la transaction par elle-même ne constitue pas une mutation. Seulement, le seigneur, l'héritier ou le conjoint peuvent prétendre que la transaction a opéré la translation de propriété; dans ce cas, ils devront prouver que la chose n'appartenait pas au possesseur actuel, et qu'il l'a acquise par la transaction. Alors, mais alors seulement, ils peuvent percevoir des droits seigneuriaux, exercer le retrait lignager ou considérer le bien comme acquêt[1].

265. — Voilà ce qui me semble incontestable. C'est aussi, à mon sentiment, l'idée des jurisconsultes romains, bien qu'ils ne fussent jamais appelés à statuer sur les questions de droits seigneuriaux, de retrait lignager et de propres ou acquêts. Si les auteurs de l'ancien droit français soutenaient, les uns que la transaction était toujours translative, les autres qu'elle était toujours décla-

[1] Hervé soutenait à peu près la même thèse au point de vue du quint (*Théorie des Matières féodales et censuelles*, III, pp. 133 et 134).

rative, c'est qu'ils avaient surtout en vue les droits seigneuriaux, et l'effort de la majorité des jurisconsultes tendait à exempter la transaction de droits seigneuriaux, plus ou moins lourds, en la considérant comme déclarative. Cet effort n'avait rien que de louable, mais au point de vue juridique, il était inexact de dire que la transaction était toujours déclarative [1]. Il faut remarquer, du reste, qu'avec mon système, on pouvait arriver bien souvent au même résultat, car je soumets la perception de droits seigneuriaux à la condition de prouver que la transaction avait réellement pour effet de transmettre la propriété, preuve toujours difficile en fait. Il faut remarquer, d'autre part, que les partisans de la transaction déclarative admettaient aussi la possibilité de prouver la fraude qui aurait pour but de déguiser une vente, par exemple, sous le manteau d'une transaction. Toute la différence entre ce système et le mien est que, dans ce système, on exige la preuve de la mauvaise foi, preuve difficile que, moi, je n'exige pas [2].

[1] Il est à noter que l'un des partisans de l'effet déclaratif de la transaction, d'Argentré, dit formellement : *Transigere nequit (tutor) quod alienationem continet... Transactioni inest alienato* (sous l'art. 482 de la Coutume de Bretagne), lorsqu'il n'a pas de préoccupation fiscale, mais quand il s'agit de déterminer le pouvoir du tuteur et du curateur.

[2] Pothier (*Traité des Retraits*, part. I, chap. IV, art. III, § V, n° 111), d'après la Coutume du Maine, article 370, présume une fraude dans le cas où l'une des parties achète la prétention de l'autre moyennant « une somme équivalente à peu près à la valeur de l'héritage. » C'est aussi l'avis d'Hervé (*Théorie des Matières féodales et censuelles*, p. 132). Mais cela me semble assez arbitraire, car le prix que l'une des parties paye à l'autre dépend non seulement du bien-fondé ou du mal-fondé de leurs prétentions respectives mais aussi du désir plus ou moins ardent de garder la chose et de bien d'autres circonstances.

266. — Les anciens auteurs, quelle que fût l'opinion qu'ils soutenaient, voulaient s'appuyer sur des textes du droit romain. Ainsi, pour soutenir que la transaction était purement déclarative, ils invoquaient cette assimilation traditionnelle de la transaction et de la chose jugée, que j'ai essayé de réduire à sa juste valeur (nos 178 et suiv.), et notamment la loi 20, C., *De trans*. La transaction, disaient-ils, est assimilée au jugement ; or, le jugement est déclaratif ; donc la transaction, elle aussi, doit être déclarative. Beau syllogisme, qui serait irréfutable, si la majeure était exacte, ce qui n'est pas, malheureusement pour ces auteurs [1].

267. — Tous les auteurs, sans distinction d'opinion, s'appuyaient sur la loi 33, C., *De trans.*, qui tranche la question de garantie. Je comprends encore que les auteurs partisans de la transaction déclarative l'invoquaient à leur appui, car, en somme, le texte nous dit qu'il y aura garantie pour la chose non litigieuse, mais point de garantie pour la chose litigieuse. Mais, ce que je ne comprends pas, c'est que les partisans de l'effet translatif de la transaction l'invoquaient, eux aussi, et disaient qu'il y avait lieu à garantie, quand, du moins, la possession de la chose litigieuse changeait de main, probablement parce que le texte semble supposer le cas le plus ordinaire où la chose reste entre les mains du possesseur [2]. Argument *a contrario*, qui est toujours dangereux, mais qui l'est tout particulièrement ici, car il s'agit de con-

[1] Je rappelle qu'en droit romain, cette assimilation était exacte, à mon avis du moins, même au point de vue de l'usucapion, car on pouvait usucaper *pro judicato* comme *pro transactione* (nos 174 et suiv.).
[2] Tiraqueau, *loc. cit.*

clure de ce que le texte décide pour le cas ordinaire, qu'il faut décider le contraire dans les autres cas.

268. — Mais je vais maintenant plus loin, et je conteste même aux partisans de l'effet déclaratif de la transaction, le droit d'invoquer la loi 33, par la raison que j'ai indiquée en traitant de notre question en droit romain (n° 177). Je la rappelle en quelques mots : Pourquoi y a-t-il lieu à garantie, quand c'est de la chose non litigieuse qu'on a été évincé? parce qu'on croyait que cette chose appartenait à son adversaire et qu'il n'y avait aucune contestation sur cette chose. Pourquoi n'y a-t-il pas de garantie, quand, au contraire, l'éviction a lieu de la chose litigieuse même? parce que c'est justement à cause de l'incertitude du droit que la transaction est intervenue ; et que l'évincé prétendait être lui-même propriétaire de la chose. La question de savoir si la transaction est déclarative ou translative n'a rien à y voir.

269. — Ainsi, selon moi, la transaction peut être considérée comme translative, quand on vient de démontrer que celui à qui la chose a été attribuée par la transaction n'était pas propriétaire, mais dans ce cas seulement. J'ai déjà indiqué quelques-uns des principaux intérêts pratiques de cette distinction. Je les reprends brièvement, car c'étaient là des effets les plus importants de la transaction.

1° Des droits seigneuriaux. — Quand la chose sur laquelle on avait transigé était un fief, d'après le système de la transaction translative, le seigneur avait le choix entre la perception du droit de quint et l'exercice du retrait féodal; il n'avait aucun de ces deux droits dans le sys-

tème de la transaction déclarative; enfin, d'après mon système, il avait ces droits, à la condition qu'il prouvât que son vassal n'était pas propriétaire du fief avant la transaction. Quand il s'agissait d'une censive, le seigneur avait seulement le droit de percevoir le profit de vente ou lots et ventes, avec la distinction que nous venons de voir.

270. — 2° Du retrait lignager. — Quand un père de famille avait aliéné un bien de famille à un étranger, ses parents avaient le droit de se substituer à l'acquéreur au moyen de ce qu'on appelait *retrait lignager*.

Quand la transaction portait sur un tel bien, le retrait lignager s'exerçait, toujours avec la distinction que nous avons vue.

271. — 3° Des biens propres ou acquêts. — La distinction des biens en propres et acquêts existait à deux points de vue différents : 1° Au point de vue de la succession, les biens propres étaient les immeubles que le *de cujus* avait acquis par succession d'un parent ou par donation d'un ascendant, et les autres biens étaient tous acquêts : l'ordre successoral n'était pas le même pour les deux catégories de biens ; 2° au point de vue de la communauté entre époux, les propres étaient les biens qui ne tombaient pas dans la communauté; tandis que les acquêts ou conquêts [1] étaient ceux qui y tombaient. A ces deux points de vue, la transaction sur un prétendu propre avait pour effet de le faire tomber dans la catégorie des acquêts, si elle était translative.

[1] Autrefois on employait toujours le mot *conquêts* en matière de communauté.

272. — La question de savoir si le grevé de substitution pouvait conclure des transactions opposables aux appelés était fort controversée dans l'ancien droit français. Mais la majorité des auteurs décidait que bien que le grevé n'eût pas le droit d'aliéner, il avait le droit de transiger sur un procès sérieux [1].

Cette liberté laissée au grevé de transiger sur les biens chargés de substitution n'était pas sans inconvénients graves pour les appelés. Aussi l'ordonnance de 1747, titre 2, article 53, vint-elle limiter le droit du grevé : « Les actes, dit-elle, contenant des désistements, transactions ou conventions qui seront passés à l'avenir entre celui qui sera chargé de substitution, ou qui l'aura recueillie, et d'autres parties, soit sur la validité ou la durée de la substitution, soit sur la liquidation des biens substitués, et des détractions, soit par rapport aux droits de propriété, d'hypothèque, ou autres qui seraient prétendus sur lesdits biens, ne pourront avoir aucun effet contre les substitués, et il ne pourra être rendu aucun jugement en conséquence desdits actes qu'après qu'ils auront été homologués en nos Cours de Parlement, ou Conseils supérieurs, sur les conclusions de nos procureurs généraux ; ce qui sera observé à peine de nullité. » [2]

[1] En ce sens : Ricard, *Traité des Substitutions*, partie II, chap. XIII, n° 90; Cochin, *Œuvres*, t. IV, pp. 306 et suiv., qui cite Peregrinus, *De Fideicommissis*, art. 52, n[os] 81 et suiv.; et les autres auteurs cités par Troplong, *Des Transactions*, n° 101.

[2] V. le commentaire de cet article dans Furgole, *Œuvres complettes*, t. VII, pp. 466 et 467.

CHAPITRE IV

DE LA RESCISION DE LA TRANSACTION

273. — Nous avons vu qu'en droit romain, la lésion n'était jamais une cause de rescision de la transaction pour les majeurs (n° 225 et suiv.).

Dans l'ancien droit français, on admettait généralement la rescision des actes à titre onéreux portant sur un immeuble, pour cause de lésion d'outre-moitié, et on l'étendait souvent à la transaction, pour laquelle il y avait cependant controverse.

Charles IX, par son édit du mois d'avril 1561, interdit formellement la rescision de la transaction pour cause de lésion : « .... Avons par ces présentes confirmé et authorisé, porte cet édit, confirmons et authorisons toutes transactions, qui sans dol et force seront faites et passées entre nos subjects majeurs dans des choses qui sont en leur commerce et disposition. Voulons et nous plaist, que contre icelles nul ne soit après receu souz prétexte de lésion d'outre-moitié de juste prix, ou autre plus grande quelconque, et ce qu'on dit en latin *dolus re ipsa :* mais que les juges et l'entrée du jugement, s'il n'y a autre chose alléguée contre icelles transactions, déboutent les impétrans des lettres de l'effet et entérinement d'icelles, et les déclarent non recevables. »

Cette ordonnance ne fut pas cependant enregistrée au

Parlement de Flandre, et les arrêts de ce Parlement du mois de décembre 1688, du 28 janvier 1698, et l'arrêt du Grand-Conseil de Malines du 22 septembre 1702, rescindèrent des transacitons pour cause de lésion *énormissime*, sous le prétexte que cette lésion équivalait à un dol réel [1]. Cette jurisprudence peu rationnelle subsista jusqu'à l'arrêt du même Parlement de Flandre, rendu toutes chambres réunies le 24 mars 1775, qui adopta le système de l'édit de Charles IX. On cite aussi en ce sens un arrêt du Conseil souverain de Brabant du 31 juillet 1708.

[1] V. L. 5, C., *De dolo malo*, 2, 21, et nos 226 et 227.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

DE LA TRANSACTION EN DROIT ROMAIN

DEUXIÈME PARTIE

DE LA TRANSACTION DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Tours. — Imp. Deslis Frères.

ERRATA

Pag.		lig.	Au lieu de :	Lisez :
4		7	IV	VI
»		16	la	le
14		16	aléat	aléa
16		2	un aléat	un aléa
100		15	*acucsationis*	*accusationis*
155	note 1	7	incéder	intercéder
189	note	38	unicaper	usucaper
209		12	concessionnaire	cessionnaire
209	note 1		»	»
217		13	*sicio*	*socio*
242		10	complète	compète
287	note 1	3	*alienato*	*alienatio*
289		19	de	à
290		6	lots	lois
55		17	*supprimez* (*sic*)	
72		24	— d'	
77		14	— (*sic*)	
108		1	*après* ne, *ajoutez* nous	